IST DIE EINREDE
DES
BÜRGERLICHEN GESETZBUCHES
EIN
GESTALTUNGSRECHT?

INAUGURAL – DISSERTATION.

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

RHEINISCHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT
ZU BONN.

VORGELEGT VON

HANS CAHN,
GERICHTSREFERENDAR AUS BONN, THOMASTR. 11.

DRUCK DES „VEREINS STUDENTENWOHL" E.V. BONN 1930.

Referent:

Professor Dr. Dölle.

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juni 1929.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS.

§ 1. Seite:

Zweck und praktische Bedeutung der zu erörternden Streitfrage.

I. Unklarheit des Einredebegriffes im Bürgerlichen Gesetzbuch 14
II. Begrenzung der zu behandelnden Streitfragen . 14
III. Zweck der Untersuchung 14
IV. Ihre praktische Bedeutung 15

§ 2.

Die Einrede.

I. Die Geschichte der Einrede 17
a) die exceptio des Römischen Formularprozesses
1. Entstehung der exceptio im alten Römischen Formularprozess 17
2. ihre Veränderung durch das ius honorarium 19
3. die exceptio in der extraordinaria cognitio und der Codification Justinians 19
b) in den Schriften der Glossatoren 20
c) im gemeinen Recht 21
d) im germanischen Recht 22
II. Die verschiedene Bedeutung des Wortes „Einrede"
a) in der Zivilprozessordnung 23
b) im Bürgerlichen Gesetzbuch 23
III. Die verschiedenen Arten der Einrede im BGB: . . 24
a) Unterscheidungen im Gesetz 24
b) Unterscheidungen in der Wissenschaft . . . 24
IV. Ihre Begriffsbestimmung: 26
a) nach dem Wortlaut des Gesetzes 26
b) nach der Lehre (Enneccerus-Wolff) 26
V. Das Rechtsgebiet der Einrede: 28
a) ihre Verbundenheit mit dem Anspruch . . . 28
b) ihre Zugehörigkeit zum materiellen Recht . . 30
VI. Entstehung des Einrederechtes und seine Wirkung: 30

a) der Einredetatbestand 30
b) die Wirkung der Einredezuständigkeit . . . 31

§ 3.

Das Gestaltungsrecht.

I. Seine Entwicklung: 37
a) die Thonsche Befugnis 37
b) das subjektive Recht Windscheids 38
c) das Zitelmannsche Recht des rechtlichen Könnens 39
II. Vom Recht des rechtlichen Könnens zum Gestaltungsrecht.
Verschiedenheit der Rechtsbegriffe: 40
a) in der Art der Betrachtung 40
b) in der Wirkung 41
III. Das Gestaltungsrecht: 44
a) Einteilung der Gestaltungsrechte 44
b) besondere Merkmale des Gestaltungsrechtes . 45
1. Wirkung ausserhalb des eigenen Rechtskreises des Gestaltenden 45
2. Rechtsänderung und 45
3. Untergang bei Ausübung 46
IV. Dem Gestaltungsrecht verwandte Begriffe: . . . 46
a) das Cosacksche Bestimmungsrecht 47
b) das Recht auf Rechtsänderung (Enneccerus) . 47

§ 4.

Ist die Einrede ein Gestaltungsrecht?

I. Die die Gleichsetzung der Einrede mit dem Gestaltungsrecht vertretende Lehrmeinung: 49
a) ihre Entwickelung 49
b) Voraussetzung ihrer Richtigkeit 51
II. Begründung dieser Lehrmeinung und ihre kritische Betrachtung 52
die von ihr behauptete Vernichtung des Anspruches durch die Einrede ergibt sich nicht daraus, dass:
a) kein Recht die Wirkung eines anderen aus-

schliessen könne, ohne dessen Existenz zu berühren 52
b) die bleibende Unwirksamkeit des einredebehafteten Anspruches der Wortfassung der §§ 813, 886, 1169, 1254 BGB zu entnehmen sei . . . 53
c) das klageabweisende Urteil seine Vernichtung deklariere; 55
d) die Anerkennung eines bestehenden, aber unwirksamen Rechtes unzweckmässig sei; . . . 56
e) sie der in den Motiven geäusserten Ansicht des Gesetzgebers entspreche; 56
f) und das Gesetz selbst den einredebehafteten Anspruch als vernichtet behandele 58
und zwar in den Paragraphen
1. 886 BGB 59
2. 1169 BGB 59
3. 1254 BGB 60
4. 813 BGB 60
III. Ablehnung anspruchvernichtender Kraft der Einrede: 60
a) aus ihrem Widerspruch zu dem Wesen der Einreden, die an die Stelle eines verjährten Anspuches treten: 60
1. zu den Einreden der §§ 821, 833; 61
2. zu der Einrede des § 478; 61
b) aus ihrem Widerspruch zu dem Inhalte derjenigen Einreden, die die Wirksamkeit des Anspruches nur zum Teil oder auf Zeit beschränken; 62
1. zu den Haftungseinreden; 62
2. zu den zur Verurteilung Zug um Zug führenden Einreden; 62
c) aus der Begriffsbestimmung des BGB; 63
d) aus den Rechtsfolgen 63
IV. Ablehnung bleibender Unwirksamkeit des verweigerten Anspruches 64
V. Die Wirkung der Einredegeltendmachung . . . 65
a) auf den Anspruch, ... 65
b) auf die Einrede 65

VI. Ablehnung der Identität zwischen Einrede und Anfechtungsrecht 65
a) Grund und Zweck der Gleichsetzung . . . 65
b) Ausdruck der Verschiedenheit des Einrede- und des Anfechtungsrechtes im BGB 67
c) Unterschied zwischen beiden Rechten: . . . 67
1. im Zeitpunkte ihrer Entstehung; 68
2. im Zeitpunkte ihrer Wirksamkeit; 68
3. in der Dauer ihres Bestandes und der Möglichkeit ihrer Ausübung; 69
4. in der Wirkung ihrer Ausübung: 69
aa. auf das betroffene; 69
bb. auf das ausgeübte Recht 70
VII. Die Einrede kein Gestaltungsrecht: 70
a) Nichteintritt einer Rechtsänderung bei Ausübung der Einrede 70
1. die Unveränderlichkeit des Anspruches, . . 70
2. der Einrede; 72
b) die Einrede kein prozessuales Gestaltungsrecht. 72

§ 5.

Das Rechtswahrungsrecht.

I. Inhalt des Einrederechtes: 73
a) Aenderung der Rechte bei Nichtausübung . . 73
b) Verhinderung einer Rechtsänderung der Erfolg seiner Geltendmachung; 73
II. Der Einrede verwandte Rechte (Meldungsrechte): 74
a) ihre Aehnlichkeit mit der Einrede in der Voraussetzung ihrer Geltendmachung; 74
b) in Zweck und Wirkung 76
III. Das Rechtswahrungsrecht 77
a) sein Inhalt 77
b) seine Stellung im Rechtssystem 77

§ 6.

Die Geltendmachung der Einrede.

I. Die Regelung der Einredegeltendmachung im früheren und im geltenden Recht: 79
a) im Römischen Recht; 79
b) in den Schriften der Glossatoren; 80

c) im kanonischen; 80
d) im gemeinen, ... 80
e) im geltenden Recht 81
II. Die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede 81
a) ihre Zulässigkeit; 81
b) ihre Wirkung 83
1. zugunsten des Schuldners 83
aa. bei Mahnung 83
bb. bei Selbsthilfe des Gläubigers 84
2. zugunsten Dritter 86
aa. gemäss §§ 1990, 1992 86
bb. gemäss § 2188 88
c) Mangel bleibender Wirksamkeit gegenüber dem Anspruch 89
III. Die Einrede im Prozess 90
a) die Wirkung aussergerichtlicher Einredegeltendmachung im Versäumnisverfahren . . . 90
1. erster Instanz, ... 90
2. der Berufung; 93
b) Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung der Einrede 94
c) dessen Bestätigung durch das fremdstaatliche Recht 94

§ 7.

Die Rechtsfolgen der Einredeausübung.

1. Die Wirkung der Einrede auf das Urteil: . . . 96
a) über den Haupt — 96
b) über Nebenansprüche 96
1. aus Verzug 96
2. wegen Selbsthilfe des Gläubigers 99
II. Die Wirkung der Rechtskraft des klageabweisenden Urteils: 103
a) Wirkung der Rechtskraft im allgemeinen . . 103
b) hinsichtlich des wegen einer Einrede abgewiesenen Anspruches 104

§ 8.

Der Einredeverzicht.

1. Möglichkeiten des Einredeverlustes: 109
   a) Verlust durch Nichtausübung, ... 109
   b) durch vertraglichen Ausschluss vor Entstehung des Rechtes 109
   c) durch Verzicht auf das entstandene Recht. . . 110

II. Die Verzichthandlung: 111
   a) Unzulänglichkeit einseitiger Willenserklärung; . 111
   b) Erfordernis eines Aenderungsvertrages im Sinne des § 305 BGB 116

III. Der Verzichtvertrag 118
   a) der gewöhnliche formfreie Vertrag; 118
   b) der ausnahmsweise formstrenge Vertrag. . . 118

IV. Wirkung des Einredeverzichtes: 119
   a) für den einredebehafteten Anspruch; 119
   b) für die Sicherungen des einredebehafteten Anspruches. 119

§ 9.

Ergebnis der Arbeit 120

LITERATURVERZEICHNIS.

a) **Kommentare und Lehrbücher:**

Baron, Pandekten, VII. Aufl., Leipzig 1890.
Biermann, Bürgerliches Recht, Berlin 1908.
Binder, Die Rechtstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, I.—II. Bd.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., Berlin 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 22.—24.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II. Auflage, Erlangen 1873.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7.—8. Auflage, Jena 1924.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1912.
Dernburg, Pandekten, IV. Aufl., Berlin 1894.
Aufl., Marburg 1924.
Enneccerus—Lehmann, Das Bürgerliche Recht, II. Aufl., Marburg 1901.
Fischer—Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., München 1927.
Förster—Kann, Zivilprozessordnung, III. Aufl., Berlin 1926.
Gaius, Institutiones ad codicis Veronensis Apographum Studemundianum Novis Turis actum. Ausgabe von Krüger und Studemund, 5. Aufl., Berlin 1912.
Gaupp—Stein—Jonas, Kommentar zur ZPO, 12. u. 14. Aufl., Tübingen 1928.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Erlangen 1806.
Haidler, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 1897.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Freiburg 1897.
Hellwig, Lehre des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1903.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB, München 1900

von Keller, Pandekten, Leipzig 1861.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, III. Auflage, Berlin 1925.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1904-1906.
Landsberg, Das Recht des BGB, Berlin 1904.
Leonhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2 Aufl., Berlin 1927.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1899.
Meissner, Kommentar des BGB, Breslau 1898.
Neumann, Handausgabe des BGB, Berlin 1899.
Oertmann, Kommentar des BGB, II. Auflage, Berlin 1927.
Planck—Siber, Kommentar zum BGB, IV. Aufl., Berlin und Leipzig 1914.
Puchta, Pandekten, 10. Aufl., Leipzig 1866.
Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.
Rechisgerichtsräte—Kommentar, 6. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Berlin 1927.
Savigny, System des heutigen Römischen Rechtes, Berlin 1841.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, III. Aufl., Berlin—Stuttgart—Leipzig, 1926.
Sohm, Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrecht, 17. Aufl., München u. Leipzig 1924.
Staudinger—Riezler, Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Berlin 1925-26.
Struckmann—Koch, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, VIII. Aufl., Berlin 1901.
von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen BGB., 2. Auflage, Leipzig 1918.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1885.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen1927.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, VI. Aufl., Frankfurt 1887.
Windscheid—Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt 1906.

Wolff, Sachenrecht, 20.—21. Aufl., Marburg 1926.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Grundriss, Leipzig 1900.
———, Internationales Privatrecht, München und Leipzig 1912.
b) Corpus Iuris Civilis, Institutiones von Paul Krüger, Digesta in der Ausgabe von Theodor Mommsen, Berlin 1872.
c) Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

d) **Monographien.**

Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt, München 1835.
Binder, Prozess und Recht, Leipzig 1927.
Birkmeyer, Die exceptionen in bonae fidei Iudicium, Erlangen 1874.
Brütt, Die abstrakte Forderung, Berlin 1908.
Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede, Einwendung (Diss. Göttingen).
Byles, A treatise of the Law of Bills of exchange.
Caspers, Erlass und Verzicht.
Cohn, Erlass und Verzicht nach dem BGB in Gruch. Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 41, S. 272 ff.
Eccius, Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf Einreden in Gruch. Beitr. zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 50, S. 1 ff.
Fischer, Recht und Rechtsschutz in Bek—Fischer Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines BGB, Heft 6.
Friedenthal, Einwendung und Einrede, Jena 1898.
Geier, Der Begriff der Einrede nach BGB (Diss.)
Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925.
Graeffner, Die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede, Berlin 1905 (Diss.)
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft in Festgabe für Gierke, Bd. II.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Heymann, Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895.
Hirsch, Ueber die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährung in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 35, S. 297 ff.
Hölder, Ansprüche und Einreden in Jhering, Bd. 93.
Hölder, Anspruch und Klagerecht in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 29, S. 50 ff.
[illegible]r, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe in das Recht, 1900.
Keller, Zum Begriff der Einreden in Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. II, S. 685 ff.
Kipp, Rechtswahrnehmung pp. in Festgabe für Koch, Berlin 1903, S. 110 ff.
Kroll, Klage und Einrede, Berlin 1884.
Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Jhering, Bd. 57, S. 192 ff.
Küntzel, in Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 41, S. 434 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903.
Lehman, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906.
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg, 1876.
Mendelsohn—Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900.
Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte in Jhering, Bd. 28, S. 89 ff.
Neuner, Privatrecht und Prozesrecht, München 1925.
Pagenstecher, Zur Lehre der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905.
Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung in Jhering, Bd. 41, S. 328 ff.
Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen in Arch. f. ziv. Prax., Bd. 97, S. 211 ff.; Bd. 98, S. 343 ff.
Sahm, in Jhering Bd. 49, S. 59 ff. Die aussergerichtliche Geltendmachung der Verjährung.
Schwarz, Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht,

Berlin 1900.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechtes in Festgabe der Berliner Fakultät für Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 50.
Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches in seiner praktischen Bedeutung (Diss. Leipzig 1902).
Thon, Die rechtsverfolgende Einrede in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 29, S. 1 ff.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 92, S. 151 ff.

e) **Entscheidungen.**

Die Entscheidungen des Reichsgerichts.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Abkürzungen:

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.
KO = Konkursordnung.
ZPO = Zivilprozessordnung.

§ 1.

Zweck und praktische Bedeutung der zu erörternden Streitfrage.

I. „Der Begriff der Einrede gewährt eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeugt", war die von den Verfassern des Entwurfes in den Motiven [1]) geäusserte Ansicht. Von diesem Irrtum wären die Schöpfer des Gesetzes bald bekehrt worden, wenn sie nur schon wenige Jahre später die Literatur über die Einrede vor Augen bekommen hätten. Tatsächlich hat das Gesetz gerade hinsichtlich der Einrede recht viele Streitfragen offen gelassen, sowohl über ihre Rechtsnatur als auch über die Form und Wirkung ihrer Geltendmachung, und mit diesen haben sich Wissenschaft und Praxis denn auch so viel beschäftigt, als es die Häufigkeit des Einredevorkommens und ihre praktische Bedeutung erwarten liess. Es wäre daher vermessen, durch diese Arbeit eine endgültige Lösung der alten Streitfragen anzustreben, und ich bin überzeugt, dass ich ebenso viele Gegner wie Anhänger finden werde, vielleicht werden jene sogar noch erheblich in der Ueberzahl sein. Wenn aber diese Arbeit ein wenig zur Lösung der Probleme beiträgt, so mag ihr Zweck erfüllt sein.

II. Zu einer vollständigen Lösung der mit dem Einredebegriffe der Bürgerlichen Gesetzbuches zusammenhängenden Streitfragen kann diese Arbeit schon um deswillen nicht führen, weil der Einredebegriff hier nicht im allgemeinen, sondern nur unter dem Gesichtspunkte seiner Stellung im Rechtssystem, genauer auf seine Stellung zu dem Gestaltungsrecht hin, zu untersuchen ist.

III. Der Begriff des Gestaltungsrechtes ist als solcher dem Gesetze fremd. Die Rechtskategorie der Gestaltungsrechte ist erst in neuerer Zeit von der Wissenschaft entwickelt worden; das Gesetz kann also auch ohne Kenntnis dieses Begrif-

1) Bd. I, S. 342.

fes angewandt werden. Demnach könnte das Thema der Arbeit den Eindruck erwecken, als ob es sich hier lediglich um eine theoretische und für die Praxis unbedeutende Untersuchung handele.

Ist aber auch das Gestaltungsrecht erst in neuester Zeit erkannt und nur von der Theorie entwickelt worden, so ist es dennoch in seinem Wesen und seiner Wirkung näher bestimmt als die Einrede. Der Grund hierfür liegt darin, dass jedenfalls einige derjenigen Rechte, die den Gestaltungsrechten zugehören, wie z.B. das Anfechtungsrecht, im BGB erschöpfender behandelt sind als die von ihm ziemlich vernachlässigte Einrede. Der Sinn der Bearbeitung unseres Themas liegt somit in der Feststellung, inwieweit die durch Gesetz oder seine Rechtsnatur für das Gestaltungsrecht feststehenden Merkmale und Wirkungen auf die Einrede übertragen werden können, um auf diese Weise mit dem Einredebegriff zusammenhängende Streitfragen zu lösen.

IV. Das Wesen des Gestaltungsrechtes zeigt sich — worauf schon der von Seckel [1]) gewählte Ausdruck hinweist — insbesondere darin, dass durch seine Ausübung Rechte und Rechtsbeziehungen gestaltet werden. Die damit geschaffene Veränderung der Rechte und Rechtsbeziehungen begründet einen neuen Tatbestand, den der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hat.

Ist also die Einrede ein Gestaltungsrecht, so werden auch durch ihre Ausübung Rechte geändert und auch diese Rechtsänderung ist vom Richter von Amtswegen zu beachten. Unter der Annahme, dass die Einrede ein Gestaltungsrecht sei, stände jede wirksame Geltendmachung der Einrede dem Erlass eines klageszusprechenden Versäumnisurteiles entgegen, gleichgültig von welcher Seite die Tatsache der Einredegeltendmachung in den Prozess gebracht wird.

Diese Frage, ob der Richter in Kenntnis der geschehenen Leistungsverweigerung gegen den säumigen Beklagten Versäumnisurteil erlassen darf oder nicht, ist sehr bestritten. Ihre Entscheidung kann nicht allein von praktischen Erwägungen

1) In Festgabe der Berliner Fakultät für Koch, S. 205 ff.

abhängig gemacht werden, sondern muss, um juristisch begründet zu sein, aus dem Gesetz und vor allem aus der Rechtsnatur der Einrede, insbesondere aus ihrer Stellung zu den Gestaltungsrechten entschieden werden. Aus der rechtlichen Struktur der Einrede werden sich darüber hinaus noch weitere Folgerungen für verschiedene Streitfragen ergeben, die ihre Geltendmachung, ihre Wirkung und ihren Verzicht betreffen und die innere Verbundenheit dieser Probleme mit der Erkenntnis des Wesens der Einrede nachzuweisen, wird eine der Hauptaufgaben unserer Arbeit sein.

§ 2.

Die Einrede.

I. a) Die Einrede des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich aus der exceptio des römischen Rechtes entwickelt.

1. Deren Ursprung ist in den Verhältnissen des ius honorarium zu dem älteren Zivilrechte zu suchen.[1])

Mit der Vermehrung der römischen Macht und dem Aufblühen der römischen Wirtschaft wurde die Dürftigkeit des Rechtes der Zwölf-Tafel-Gesetze mit seinen strikten Formen zunehmend drückender empfunden. Seine Entwickelung und Anpassung an die Bedürfnisse der Zeit setzte eine Aenderung des Verfahrens per legis actiones voraus, die durch die lex Aebutia mit zwei Julischen Gesetzen erfolgte. Die streitenden Parteien brauchten danach ihren Rechtshandel nicht mehr mittels der subtilen verba legitima selbst einzuleiten, sondern nur die Tatumstände dem Prätor zwanglos vorzutragen, der jetzt erst den passenden Rechtssatz zu wählen hatte, um den Streitpunkt festzulegen. Er fasste ihn schriftlich und übergab ihn den iudex, wobei er diesem gleichzeitig die Untersuchung und Entscheidung der Sache übertrug. Diese Anweisung des Prätors an den iudex ist die formula, und sie gibt dem Verfahren den Namen als „Formularprozess".

Der Formularprozess nahm dem älteren Recht nicht nur viele prozessualische Härten, er bildet auch die Grundlage für die Entwickelung materiellen Rechtes und insbesondere für die Entwickelung der exceptiones.

Er gab dem Prätor die Möglichkeit, der Billigkeit gegenüber der Starrheit des ius civile der Zwölf Tafeln Rechnung zu tragen. Dabei durfte formell das Zivilrecht nicht angetastet werden, weil das dem konservativen Sinne der Römer sowie mannigfaltigen politischen Erwägungen widersprochen hätte.

Dem Prätor oblag es insbesondere, solche Verhältnisse des Beklagten zu schützen, die von dem Zivilrechte über-

1) Sohm a.a.O. S. 701 ff. Albrecht, a.a.O., S. 1.

haupt nicht gewürdigt, oder die zwar anerkannt wurden, aber die Wirksamkeit einer dennoch gegebenen Zivilklage nicht aufzuhalten vermochten.[1]) Die Unbilligkeit des Durchdringens der actio in solchen Fällen widersprach dem Rechtsgefühl, ihre Aufhebung dem konservativen Rechtssinn der Römer. Es galt also einen Weg zu finden, der das eine und das andere vermied. Einen solchen fand der Prätor, indem er auf Bitte des Beklagten diesen ausnahmsweise von der Strenge des Gesetzes befreite. Er schuf keine neue Regel, sondern gestattete zu Gunsten des Beklagten eine Ausnahme vom Gesetze, eine „exceptio".

Die exceptio bezeichnete somit zunächst nur die Tätigkeit des Prätors; sie wurde aber später auch auf das die exceptio begehrende Vorbringen des Beklagten angewandt.[2]) Einen materiell-rechtlichen Inhalt hatte aber die exceptio damit noch nicht. Denn sie war kein Recht des Beklagten, es stand in dem Belieben des Prätors, sie im einzelnen Falle zu gewähren, und so blieb sie lediglich ein Institut des Prozessrechtes, das der Beklagte erbitten, aber nicht beanspruchen konnte.

Die materielle Grundlage der Einrede ist somit die Billigkeit, die aequitas, nicht Gesetz.[3]) Darum bedeutete die exceptio eine Ausnahme von der Regel, dass Gesetzesrecht nur durch Gesetzesrecht entkräftet werden konnte.[4])

Der Prätor wird späterhin von der gesetegebenden Macht des Senates in der Handhabe der exceptio unterstützt, indem ihm wie durch das S. C. Velleianum und Macedonianum, gewisse Verteidigungsgründe des Beklagten zur Würdigung

---

1) So blieb nach Zivilrecht derjenige verpflichtet, der in Erwartung eines Darlehns vor dem wirklichen Empfang die Rückzahlung stipuliert hatte, wenn er auch das Darlehn tatsächlich nicht erhielt (Gaius, l.c. IV. § 116). Ebensowenig durfte sich jemand darauf berufen, dass er zur Eingehung eines Rechtsgeschäftes durch Drohung genötigt oder durch Betrug verleitet worden sei, um den Folgen dieses Rechtsgeschäftes zu entgehen (Gaius, IV, § 117).

2) Vgl. Gaius, l.c. IV, §§ 116 ff; Baron, § 92, Anm. 1 und Albrecht a.a.O., S. 8.

3) Gaius, 1.c. IV, § 116: „Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicium condemnari." Vgl. ferner Albrecht, S. 45; Lenel, S. 55.

4) Sohm a.a.O. S. 706 Albrecht, a.a.O., S. 12.

in Form der excepito in vorkommenden Prozessfällen empfohlen werden.

2. Durch die jahrelange Uebung wurde die Rechtspraxis des Prätors zum Gewohnheitsrecht. Die von jedem Prätor bei Antritt seines Amtes herausgegebenen Edikte, in denen er die Grundsätze seiner Rechtssprechung festlegte, wurden von seinen Amtsnachfolgern, wenn sie den Beifall des Volkes gefunden hatten, übernommen (edicta tralatitia), die ihnen weitere hinzufügten. Die durch die Edikte festgelegten Rechtssätze bildeten eine Art Gewohnheitsrecht, das man Ius honorarium" nannte. Zu dem ius honorarium gehörten auch die vom Prätor geschaffenen exceptiones. Diese verschafften somit nicht mehr nur der aequitas, sondern dem auf ihr und dem Verkehrsbedürfnis beruhenden ius honorarium gegenüber dem ius civile Geltung.[1]) Unter Hadrian wurde von Salvius Iulianus eine Sammlung sämtlicher Edikte (das edictum perpetuum), somit des ius honorarium geschaffen, der der Kaiser durch senatus consultum auch formell gesetzliches Ansehen erteilen liess.

Damit wurden die als exceptio singulär gegebenen Verteidigungsgründe generell als Klageabweisungsgründe anerkannt. Die exceptio beruhte nicht mehr allein auf Billigkeit und dem Belieben des Prätors, sondern auf Recht und Gesetz.

3. Mit dem Prätor versiegte die lebendige neuschaffende Quelle der Exceptionen.[2])

Die exceptio blieb aber auch in der extraordinaria cognitio des Kaiserreiches und hat sich so Eingang in die Kodifikation Iustians verschafft. Man hätte erwarten sollen, dass sie bei Aenderung des Prozessrechtes und Schwinden des Unterschiedes zwischen ius civile und ius honorarium hier bereits ihre prozessuale Bedeutung verloren hätte. Denn sie bezeichnete doch nicht mehr wie ursprünglich eine Tätigkeit des Prätors, sondern war nichts anderes denn ein besonders geartetes Recht des Beklagten.

---

1) Vgl. Lenel, a.a.O., S. 55., Sohm a.a.O. S. 701.

2) Siehe Albrecht, a.a.O., S 76; Brinz, §§ 106 ff; Thon, a.a.O., S. 263 f Anm. 79; Lenel, a.a.O., S. 60 f.

Mit dem Namen wurde auch der Begriff der exceptio gewohnheitsmässig in seiner Eigenart beibehalten, und es vererbte sich gewissermassen der Brauch, dass die exceptio vom Beklagten regelmässig vor der litis contestatio geltend gemacht werden musste, um im Prozess Beachtung zu finden.[1]) Jedoch führte diese unmotivierte Beibehaltung des rein prozessualen Begriffes dazu, dass dieser schon zu Zeiten Iustinians nicht mehr richtig verstanden und auch auf die ipso iure wirkenden Verteidigungsmittel des zivilen Rechtes übertragen wurde.[2])

b) Die Unklarheit, die mit der Kompilation Iustinians über die exceptio entstanden war, konnte durch die Glossatoren keine Lösung erfahren. In ihr war bereits der Unterschied zwischen exceptio und Einwendung, den die Geschichte geschaffen hatte, tatsächlich geschwunden, auch wenn einmal von ipso iure, ein anderes Mal von ope exceptionis wirkenden Verteidigungsmitteln gesprochen wird. Bei dem Glauben an die Unfehlbarkeit des corpus iuris, bei der Meinung, in ihm eine vollkommene Uebereinstimmung alles Einzelnen anzutreffen, und dass alles, was in ihm enthalten, praktisch annehmbar sei, musste man bestrebt sein, sich diesen Unterschied materiell zu erklären, ohne ihn auf die durch die Kompilation nach damaliger Auffassung abgeschlossene geschichtliche Entwicklung, auf der er tatsächlich beruhte, zurückzuführen.[3]) Dies versuchte die Schule von Ravenna, indem sie lehrte, dass die ope exceptionis wirkenden Verteidigungsmittel im Gegensatz zu dem ipso iure wirksamen nicht auf das Gesetz, sondern auf die aequitas zurückzuführen seien.[4]) Den Glossatoren genügte diese Unterscheidung nicht mehr. Sie fanden sich veranlasst, alle exceptiones nach ihrer Wirkung und rechtlichen Bedeutung in zwei Arten zu teilen, in die „exceptiones iuris" und die „exceptiones facti".

---

1) Savigny, § 226; Albrecht, a.a.O., S. 56; Brinz, § 106; Lenel, a.a.O., S. 60; Heymann, a.a.O., S. 52.

2) So wird in mehreren Konstitutionen der Einwand des trotz Quittung nicht gezahlten Geldes als exceptio bezeichnet (c.c. 3, 5, 7, 8, 10, 13, 14 de non num. pecun.). Vgl. Albrecht, a.a.O., S. 76 ff.

3) Albrecht, a.a.O., S. 126.

4) Brachylogus IV. 29: „Est autem exceptio contra actionem ipso iure gratia eius, cum quo agitur, ex aequitate inducta defensio".

Exceptiones facti waren den Rechtslehrern diejenigen exceptiones, mittels deren der Beklagte das Klagerecht entweder als gar nicht entstanden, oder als hinterher ipso iure wieder aufgehoben darstellte. In diesem Falle bestand nach ihrer Ansicht tatsächlich keine obligatio und keine actio; der Kläger klagte „de facto tantum", ohne hierzu eine rechtliche Befugnis zu haben.

Dagegen bedeuteten die exceptiones iuris diejenigen Exceptiones, welche das Dasein eines Klagerechts voraussetzten, mit denen aber der Beklagte gleichwohl seine Lossprechung zu erwirken vermochte, indem er das zwar bestehende Recht ope exceptionis zu einem unwirksamen machte.[1]) Nur diese exceptiones entsprachen der exceptio im Sinne des älteren römischen Rechtes.

Die von den Glossatoren konstruierte, von der Lehre im gemeinen Recht viel bekämpfte Unterscheidung zwischen dem nicht bestehenden und dem bestehenden, aber unwirksamen Recht ist gleichwohl massgebend für das geltende Recht und seinen Einredebegriff geworden.

Die Angriffe gegen die von den Glossatoren gelehrte Scheidung entbehrten insofern nicht einer gewissen Berechtigung, als eine klare Trennung zwischen den diesem oder jenem Begriffe zugehörigen Exceptionen nicht möglich war.[2]) So wurden auch solche exceptiones zu den exceptiones facti gezählt, die früher wahre exceptiones waren, wie die exceptio reivenditae oder die exceptio iuris iurandi.

c) Der Umstand, dass man kein Kriterium hatte, die exceptiones iuris von den exceptiones facti zu trennen, führte nach der Reception des von den Glossatoren verarbeiteten römischen Rechtes im gemeinen Recht zum Schwinden dieser Unterscheidung in der Lehre. Diese Entwickelung kennzeichnet auch den Jüngsten Reichsabschied von 1654, wenn es dort in § 37 heisst: „was er dabey dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte," und § 38 fortfährt:

1) Siehe Gl. ad fr. 2 pr. de excc. — ad fr. 74 § 2 de judicc. — ad c.l. in VI de L.C. — ad Clem.un. de excc. — P. Rebuff, I. l.n. 4. Durand IV, 2. n. 4. — Baldus in Annott. ad eundem — Lanfranc, Tr. de excc. n.l. (zitiert nach Albrecht, a.a.O., S. 117) Heymann, a.a.O., S. 63.

2) Albrecht, a.a.O., S. 118.

„wann er verzügliche oder andere dergleichen exceptiones vorzunehmen hätte."

Offenbar werden hier die Exceptionen den Einwendungen gleichbehandelt und ein Unterschied zwischen der Einrede im eigentlichen Sinne, der exceptio iuris und der Einwendung, der exceptio facti, wird nicht gemacht. Die Trennung zwischen beiden Arten von Exceptionen hatte somit nur noch geschichtliche Bedeutung, sie war durchaus nicht mehr praktisch, nachdem man kaum mehr die Möglichkeit hatte, im Einzelfalle der exceptio iuris von der exceptio facti zu unterscheiden und das Gesetz wie auch die Lehre in der Behandlung beider Arten der exceptio durchaus keinen Unterschied mehr kannten.[1]) Es ist daher verständlich, dass die überwiegende Lehrmeinung für das gemeine Recht diese Scheidung bekämpfte.[2])

d. Dem **germanischen Recht** blieb ein der exceptio des römischen Rechtes entsprechendes Rechtsinstitut fremd. Die exceptio liess sich auch schwer mit dem Wesen des germanischen Rechtes vereinbaren. Denn im germanischen Recht enthält die Klage nicht wie im römischen Recht eine Rechtsbehauptung, sondern einen gegen den Beklagten gerichteten Vorwurf rechtswidrigen Verhaltens. Da überall die an den Beklagten gerichteten Fragen nicht auf Tatsachen, sondern auf Verschuldung abgestellt sind, so konnte der Beklagte nur „bekennen" oder „versaken"; seine Antwort konnte nur „ja" oder „nein" lauten, es war aber kein Raum für die exceptio, die ein „ja aber" bedeutete. Bestritt er seine Schuld, so kam es zu dem formalen germanischen Beweisverfahren: zum Kampf oder zum Unschuldseid des Beklagten; gab er zu, so wurde er verurteilt. Später wurde dem Beklagten unter gewissen Umständen gestattet, die Antwort zu verweigern und noch später erst konnte er seine negative Antwort motivieren. Aus dem germanischen Recht, die Antwort zu

---

1) Albrecht, a.a.O., S. 180.

2) So Savigny, § 228; Puchta, § 93; Brinz, § 106; Albrecht, a.a.O., S. 181; Birkmeyer, a.a.O., S. 36; Baron, § 92; a. A. Heymann, a.a.O., S. 63 ff; Dernburg, Pandekten; Oertmann, Vorbem, 194 b; Regelsberger, Bd. I, S. 680.

verweigern, hat sich die Einrede der ZPO entwickelt.[1]) Da aber auch späterhin das germanische Recht alle Einwendungen gleichbehandelt, bot es für eine Unterscheidung zwischen exceptiones iuris und exeptiones facti keinen Anhaltspunkt.[2]) Auf die Einrede des BGB hat daher das germanische Recht keinen Einfluss gehabt.

II. Im geltenden Recht erscheint die Einrede im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozessordnung in verschiedener Bedeutung, und auch innerhalb der Zivilprozessordnung ist die Bedeutung des Wortes „Einrede" wiederum keine einheitliche.

a) Die ZPO spricht in § 274 von „prozesshindernden Einreden". Ihrem Inhalte nach ergeben sich diese Einreden nicht aus dem materiellen, sondern aus dem Prozessrecht, ihre Geltendmachung ist denn auch für die materielle Rechtslage belanglos. Der Beklagte verweigert nicht die von ihm geforderte Leistung und negiert nicht das gegen ihn geltend gemachte Recht; er ist durch diese Einreden nur berechtigt, eine ihm prozessrechtlich obliegende Verpflichtung zu verweigern, die Verpflichtung sich auf die Klage einzulassen. In diesem Sinne bedeutet die Einrede das Recht des Beklagten, die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern.

Wenn dagegen in den §§ 146 und 278 ZPO die Einrede als Angriffs- und Verteidigungsmittel genannt wird, so ist unter der Einrede jedes auch materiell-rechtliche Leugnen des Klageanspruches zu verstehen, das nicht ein Leugnen der Klagetatsachen überhaupt ist; also umfasst hier der Begriff der Einrede sowohl die Einrede im materiell-rechtlichen Sinne als auch die Einwendung. Einreden sind hier alle Tatsachen, die ohne die Richtigkeit oder die Schlüssigkeit des Anspruches anzutasten, zur Abweisung der Klage als unbegründet führen.[3])

b) Im Bürgerlichen Gesetzbuch bezeichnet die Einrede ein bestimmt geartetes Recht des Schuldners, und zwar das Recht, die Leistung zu verweigern.

---

1) S. Goldschmidt, a.a.O., S. 72.
2) Vgl. Heymann, a.a.O., S. 63 ff.
3) So Rosenberg, Bd. I, § 103, II, 1.

Fasst man das Einheitliche in diesen verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Einrede" zusammen, so bedeutet die Einrede stets das Recht des Belangten, das von ihm (nach materiellem oder Prozessrecht) Geforderte zu verweigern. Im BGB unterscheidet sich die Einrede dadurch von der Einwendung, dass die Einwendung das gegnerische Recht bestreitet, während die Einrede das gegnerische Recht anerkennt, aber ein dasselbe entkräftendes Gegenrecht behauptet.

III. a) Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nach den Wirkungen oder dem zeitlichen Bestande mehrere Arten von Einreden. Es kennt solche, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird" (s. §§ 813, 886, 1169, 1254 BGB) peremptorische, und solche, „die vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigen" (s. § 202 BGB), dilatorische Einreden. Von den letzteren führen einige nicht zur Abweisung des Klageantrages, sondern nur zur Verurteilung auf „Leistung Zug um Zug", nämlich die Einreden des Zurückbehaltungsrechtes (§§ 273, 274 BGB), des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) und die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (§ 321 BGB).

Diese Einreden sind also zeitlich begrenzt durch die Erfüllung des Gegenanspruches seitens des Gläubigers. Sie bedeuten nicht eigentlich Weigerungsrechte des Schuldners, sondern Sicherungsrechte des Gläubigers, der gleichfalls Schuldner ist. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass ihre Geltendmachung nicht die Verurteilung des Weigernden zu hindern vermag. Darin, dass der Gläubiger durch Bewirkung des Gegenanspruches das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners selbst zum Erlöschen bringen kann, und ihm dieses Recht auch im Urteile eingeräumt wird, liegt die Besonderheit dieser Einreden gegenüber den anderen dilatorischen Einreden.

b) Ferner gibt die Theorie noch eine Anzahl Unterscheidungen. So werden die Einreden eingeteilt in unselbständige und selbständige Einreden, je nachdem ob sie auf einem Recht

beruhen, das selbst geeignet ist, Gegenstand einer Klage zu sein oder nicht; in persönliche und sachliche Einreden, je nachdem ob die Einrede nur einer bestimmten Person zusteht, oder von jedem, gegen den das einredebehaftete Recht geltend gemacht wird, ausgeübt werden kann (exceptiones rei und exceptiones personae cohaerentes). Ferner in Einreden, die jedem entgegenstehen, welcher aus dem betreffenden Rechtsverhältnis Ansprüche geltend macht, und solche, welche nur gegen gewisse Personen wirken (exceptiones in rem und in personam). Eccius (in Gruchots Beiträgen, Bd. 50, S. 1 ff) teilt die Einreden in drei Kategorien:

1. In die Weigerungsrechte, die einem mit dem Anspruche kollidierenden Rechte entspringen,
2. in die Weigerungsrechte gegenüber Ansprüchen aus dem Vertrage, die sich aus dem Inhalt des zugrundeliegenden Vertrages ergeben, und
3. in diejenigen Weigerungsrechte, die unmittelbar aus dem Gesetze gegeben werden und nicht unter die Kategorien 1 und 2 fallen.

Wenn weiterhin noch zwischen rechtsverfolgenden und rechtsverneinenden Einreden unterschieden wird,[1]) so ist das schon keine Scheidung innerhalb des zu erörternden Begriffes mehr, denn unter der rechts verneinenden Einrede ist derjenige Begriff zu verstehen, den wir nach dem Sprachgebrauch des BGB als Einwendung bezeichnen, während mit der rechts verfolgenden Einrede die Einrede des BGB gemeint ist.

Diese Scheidungen innerhalb des Einredebegriffes im einzelnen durchzuführen, ist nicht unsere Aufgabe; noch viel weniger liegt es uns ob, die einzelnen, teilweise sehr umstrittenen Einredetatbestände im Gesetz zu untersuchen. (Langheineken [2]) zählt 17 dilatorische und 26 peremptorische Einreden im BGB auf). Unsere Aufgabe besteht gerade darin, die Einrede als Kategorie zu behandeln, d. h. Grundsätze aufzustellen, die für alle Einreden in gleichem Masse gelten. Die einzelnen Einreden sind daher nur insoweit heranzu-

1) S. Thon in Jherings Jahrb., Bd. 29, S. 1 ff.
2) a.a.O., S. 292 ff.

ziehen, als sie dem Verständnis und der Bestätigung genereller Regeln dienen.

IV. a) Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert die Einrede als „das Recht, die Leistung zu verweigern",[1]) und dieser Gesetzesdefinition hat die überwiegende Lehrmeinung zugestimmt.

Aber, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, ist mit ihr doch noch wenig für die Erkenntnis eines so wichtigen Rechtsinstitutes gewonnen und ihre Unzulänglichkeit dürfte am besten bewiesen sein, wenn Fischer [2]) behaupten konnte, es gebe kein einziges rechtliches Merkmal, das einerseits allen Einreden gemeinsam sei, und diese andererseits von anderen rechtlichen Gebilden unterscheide. Und der Gesetzgeber hatte doch gerade gemeint, eine festumgrenzte Kategorie von Rechten zu geben, wie die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches [3]) beweisen. Es ist aber in der Tat nicht einzusehen, welches Wort in der Definition des Gesetzes n i c h t Anlass zu Zweifeln böte. „Die Einrede ist das Recht, die Leistung zu verweigern". Man fragt unwillkürlich: „Was für ein Recht"? Das Wort „Recht" wird im BGB beinahe 850 Mal und im verschiedensten Sinne gebraucht (Anspruch, Gestaltungsrecht, absolutes Recht usw.), so dass es nichts Bestimmteres zu sagen vermag. „Die Leistung zu verweigern": Hier tauchen sogleich die Fragen auf: Die wie geforderte Leistung zu verweigern? und wodurch zu verweigern? und welche Wirkung hat diese unbekannte Art der Verweigerung der Leistung? Die Beantwortung aller dieser Fragen hat der Gesetzgeber der Wissenschaft überlassen.

b) Wolff [4]) und ihm folgend Enneccerus [5]) haben aber auch die Legaldefinition angegriffen und ihr den Vorwurf gemacht, dass sie nicht alle Einreden umfasse. Sie bezeichnen

---

1) Vgl. §§ 202, 274, 320, 462, 478, 660, 770, 771, 773, 821, 986, 1000, 1137, 1211 BGB u.a.
2) in Becker—Fischer, Beiträge, Heft 6, S. 108 f.
3) Bd. I, S. 342.
4) Sachenrecht, § 139, Anm. 13.
5) Allgemeiner Teil, § 207.

die Einrede als „das Recht, die gegen uns gerichtete Ausübung eines Rechtes durch unseren Widerspruch zu hindern" (Enneccerus I, § 207).

Zutreffend bemerkt Enneccerus, dass die Einreden sich zwar r e g e l m ä s s i g gegen die Ausübung des Anspruches richten, dass sich darin aber nicht ihr Wesen erschöpft. Denn die Einrede steht nicht nur jedem Verlangen der Leistung, sondern auch jeder Geltendmachung des Anspruches durch Aufrechnung (§ 390), oder durch Einrede (als Einrede gegen die Einrede, Replik) entgegen. Macht der Schuldner z.B. gegenüber dem Anspruch ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so kann der Gläubiger dieser Form der Geltendmachung des Gegenanspruches diejenigen Einreden entgegensetzen, die ihm gegen den schuldnerischen Anspruch zustehen.

Zuzustimmen ist Enneccerus weiterhin darin, dass sich die Einrede auch gegen andersgeartete Rechte richten könne, wie gegen selbständige, also nicht auf einem Anspruche beruhenden Einreden. So ist eine exceptio doli als replicatio gegenüber der Einrede der Verjährung möglich.[1])

Allein die angeführten Gründe rechtfertigen die Enneccerussche Erweiterung der Begriffsbestimmung. Wenn Enneccerus weiterhin seine Definition damit begründet, dass die Einreden der §§ 1137, 1157 und 1211 BGB sich ebenfalls nicht gegen Ansprüche, sondern gegen das dingliche Hypothekenrecht selbst bezw. gegen das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers richte, so macht er sich hierbei die Wolffsche Ansicht über das Wesen des Pfandrechts zu eigen, der in dem Pfandrecht keinen Anspruch, sondern ein Sachverwertungsrecht sieht.[2]) Dieser Ansicht hat sich auch die herr-

---

1) Lehrbuch, § 207, Anm. 2. Hat der Schuldner den Gläubiger beispielsweise durch Vorspiegelung der falschen Tatsache, die Verjährung trete nicht ein oder er werde sich nicht darauf berufen, von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten, so kann der Gläubiger der Verjährungseinrede die replicatio doli entgegenhalten.

2) Sachenrecht. § 131, I: „Das Verwertungsrecht wird nicht dadurch verwirklicht, dass der Eigentümer dem Pfandberechtigten eine Geldleistung macht; das Pfandrecht erzeugt nicht einen Anspruch gegen den jeweiligen Sacheigentümer auf eine solche; durch e i g e n e Handlung verschafft sich der Pfandberechtigte den Betrag, der ihm gebührt.

schende Lehrmeinung [1]) angeschlossen. Hindert hier die Einrede die Ausübung des im Pfandrechte liegenden Verwertungsrechtes, so wird auch diese Wirkung der Einrede nicht von der Legaldefinition umfasst, so dass der Erweiterung der Begriffsbestimmung im Sinne von Enneccerus beizustimmen ist. Mit der von Endemann [2]) vorgeschlagenen Begriffsbestimmung der Einrede als „Recht, die Geltendmachung des Klageanspruches auszuschliessen", ist wenig gewonnen, da sie nicht den von Enneccerus gegen die Legaldefinition geäusserten Bedenken Rechnung trägt.

V. a) Aus der Begriffsbestimmung der Einrede ergibt sich noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit, ob sie dem materiellen, dem formellen Rechte oder beiden Rechtsgebieten angehört. Die Kontinuität der Rechtsentwicklung würde sie wie die exceptio ins formelle Recht verweisen.

Ihre Entwicklung kann jedoch nicht allein von diesem Standpunkt aus und nicht selbständig betrachtet werden; sie muss sich parallel der Veränderung desjenigen Rechtes, gegen das sie sich richtet, der actio in den Anspruch vollziehen. Ihre Stellung im geltenden Recht ist daher, bedingt durch die Schaffung des Anspruches, eine andere als die der exceptio, und ihr Unterschied von der exceptio des römischen Rechtes wird gekennzeichnet durch den Unterschied zwischen actio und Anspruch.

Was die actio im römischen Rechte bedeutete, ist recht bestritten, und ihr Begriff ist jedenfalls kein einheitlicher, sondern er war in Rom zu verschiedenen Zeiten ein unterschiedlicher. Ursprünglich bezeichnet sie in der Bedeutung „legis actio" die prozessuale Form der Durchsetzung eines

---

1) Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, S. 563 ff; Planck-Strecker, Vorbem. 3 vor § 1113; Landsberg, §§ 200, 201; v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. I, S. 135.

2) Bd. I, § 88, Note 25.

Rechtes.[1]) Später wird diese Form der gerichtlichen Geltendmachung bei der actio wie bei der exceptio auf das ihr zu Grunde liegende Recht übertragen.[2]) Der Begriff der actio ist somit ein doppelter: im materiellen Sinne ist sie das Recht auf Condemnation,[3]) im formellen ist sie die Formel als Condemnationsbefehl.[4]) Aber auch im materiellen Sinne lässt sich der Begriff der actio nicht vom Prozessrecht trennen, weil actio doch immer das Recht zur gerichtlichen Durchsetzung[5]) und zugleich die einzige Form der Durchsetzung ist. Eine klare Trennung zwischen formellen und materiellem Recht war den Römern eben fremd.

Den Anspruch, der im BGB an die Stelle der römischen actio getreten ist, bestimmt § 194 BGB als „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen." § 194 bezeichnet damit nur das subjektive Recht, ohne die Möglichkeit seiner Durchsetzung zu behandeln. Jeder Anspruch kann grundsätzlich[6]) auch eingeklagt und so mittels staatlicher Hilfe verwirklicht werden. Das Merkmal der Durchsetzbarkeit im Prozesse und der Erzwingbarkeit mittels staatlicher Macht ist aber keinesfalls dem Anspruch eigenartig, sondern er teilt es mit allen anderen subjektiven Rechten. So die Motive z. Entw.: „Der Begriff des Rechtes bedingt für das moderne Recht die gerichtliche Verfolgbarkeit..... die Klagbarkeit der Rechte ist selbstverständliche Regel".[7]) Ob zu seinem Wesen überhaupt die Erzwingbarkeit gehöre, war lange Zeit bestritten, wenngleich das heute die überwiegende Lehrmeinung annimmt.[8]) Der Anspruch

1) Savigny, § 205; v. Keller, § 79.
2) S. Binder, S. 33.
3) Binder, a.a.O., S. 17; v. Keller, § 79, S. 160.
4) Lenel, a.a.O., S. 36.
5) Vgl. Glück, III. Teil, § 271.
6) Die naturalis obligatio, ein nicht erzwingbarer Anspruch, bedeutet eine Ausnahme im Gesetz, so in den §§ 762, 764 (Spiel und Wette) und 1297 (Verlöbnis) BGB. Es wird auch behauptet, die Durchsetzbarkeit sei ein integrierender Bestandteil des Anspruches, ohne den er nicht gedacht werden könne, die obligatio naturalis daher keine Verbindlichkeit (so Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 13, Anm. 2).
7) Vgl. weiter Binder, a.a.O., S. 47.
8) So Endemann, Bd. I, § 88, S. 517; Oertmann, Vorbem. 194, 2, c; Siber „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis", S. 147 und derselbe in Jhering, Bd. 50, S. 70.

enthält heute nur, was erzwingbar ist, während die actio auch das „Wie", die Form der Erzwingbarkeit, umfasste. Das geltende Recht hat damit schärfer als das römische Recht eine Trennungslinie zwischen materiellem und formellem Recht gezogen. Aus der actio ist der Anspruch geworden, der dem materiellen, und nur dem materiellen Rechte angehört.

b) Wie aus der Zwitternatur der actio der materiellrechtliche Begriff des Anspruches geworden ist, so hat sich auch die exceptio-Einrede in einen Begriff des materiellen Rechtes verwandelt. Hätte der Gesetzgeber der Einrede prozessualen Inhalt geben wollen, so hätte er sie zutreffender als „Recht, die Abweisung der Klage zu verlangen" bezeichnet. Indem er sie aber das Recht nennt, die mit dem materiellrechtlichen Anspruch geforderte Leistung zu verweigern, gibt er zu erkennen, dass er sie ins materielle Recht verweist.

Ihre Bedeutung in prozessualer Hinsicht kann daher ebenso wie die des Anspruches nur als Reflexwirkung ihrer materiellrechtlichen Natur betrachtet werden. Denn Privatrecht und Prozessrecht müssen in einer vernünftigen Rechtsordnung korrespondieren; es ist unmöglich, dass das Prozessrecht, das nur der Verwirklichung des materiellen Rechtes zu dienen bestimmt ist, diesem widerspricht und Rechte raubt, die jenes gewährt. Ein Gegenrecht, das einem materiellen Recht entgegensteht, muss daher demselben Rechtsgebiete wie dieses entspringen und schon deshalb gehört die Einrede naturnotwendig dem materiellen Rechte an.[1])

VI. a) Der Einredetatbestand, d.h. der Umstand, aus dem das Einrederecht erwächst, ist eine Tatsache, die nach Entstehung desjenigen Schuldverhältnisses, aus dem der betroffene Anspruch hergeleitet wird, der gewöhnlichen und vorgestellten Abwickelung des Schuldverhältnisses entgegentritt. Eine Einrede wird also nicht mit dem

1) Dieser Ansicht Foerster-Kann, § 253, 5; Endemann, Bd. I, § 88, 2 b; Crome; a.a.O., S. 182; Hellwig, Lehrb., S 253; Keller, a.a.O., S. 685 und Neuner, a.a.O., S. 35.

Schuldverhältnis begründet, sondern wächst immer erst in ein bestehendes hinein.

Das gilt auch für die Einreden aus dem gegenseitigen Vertrage, nämlich die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) und die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung (§ 321 BGB). Die Bezeichnung dieser Einreden als Einreden aus dem Vertrage verleitet zu der Anschauung, als ob sie mit dem Vertrage und daher mit dem Schuldverhältnis begründet würden. Doch dem ist nicht so; denn das Leistungsverweigerungsrecht hat nicht seinen Entstehungsgrund in dem Vertrage, der doch gerade auf Bewirkung der Leistung gerichtet ist, sondern in der Gefahr oder der Tatsache des Ausbleibens der vertraglichen Gegenleistung.

b) Die Lehre, die sich mit der Wirkung des Einrederechts beschäftigt, hat ihr Augenmerk fast ausschliesslich auf die Wirkung seiner Geltendmachung gerichtet, ohne von dem Rechtszustande auszugehen, der vor der Geltendmachung der Einrede auf Grund der Einredezuständigkeit besteht. Es sind so viele Irrtümer über die Wirkung der Einredegeltendmachung deshalb entstanden, weil man die Wirkung der Einredezuständigkeit ausseracht liess und das Einrederecht gleich dem Anfechtungsrecht als erst mit der Geltendmachung wirksam ansah. Diese Betrachtungsweise musste notwendig dazu führen ,dass man in der Einredezuständigkeit bereits begründete Rechtswirkungen der Ausübung des Rechtes zuschrieb.

Schon die Zuständigkeit der Einrede begründet eine Veränderung der Rechtsbeziehungen und insbesondere des Anspruches. Dem Schuldner wird auf Zeit oder für immer das Recht eingeräumt, sich durch Gebrauch seines Rechtes von seiner Leistungsverpflichtung zu befreien. Damit wird der Erfolg jeder Geltendmachung des Anspruches in Frage gestellt, resolutiv bedingt durch die Unterlassung des Gebrauches des entstandenen Gegenrechtes. Der Anspruch gerät in einen Schwebezustand, in dem er wirtschaftlich bei peremptorischen Einreden dem nicht bestehenden, bei dilatorischen Einreden dem nicht fälligen Recht näher als dem unhemm-

baren steht.[1])

Dass damit der Anspruch auch rechtlich verändert werde, wurde für das gemeine Recht bereits von Brinz,[2], Thon,[3]) Lenel[4]) sowie von Heymann[5] gelehrt,[6]) der das einredebehaftete Recht ein „partiell unwirksames" oder „geschwächtes" nennt.

Im BGB bewahrt auch das durch Einrede entkräftbare Recht immer noch die Bezeichnung Anspruch und das Bleiben dieser Bezeichnung hat vielleicht gehindert, dass die bereits mit der Einredezuständigkeit eintretende Veränderung des Anspruches hinreichend erkannt wurde. Man hat daher der Einredemöglichkeit vielfach jegliche materielle Wirkung abgesprochen.[7]) Die überwiegende Lehrmeinung erkennt aber doch immerhin den Widerspruch, der darin besteht, dass demselben Anspruch als Recht, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, hier unter Umständen keine Leistungsverpflichtung gegenübersteht und versucht, ihn verschieden zu erklären: Staudinger-Riezler,[8]) indem er von einer „Schuld ohne Haftung" spricht, Hirsch[9]) indem er den Anspruchsbegriff in den Anspruch als solchen und in seine Durchsetzbarkeit teilt, und nur die letztere von der Einrede betroffen sein lässt. Beide Erklärungen sind aber abwegig: auch für den einredebehafteten Anspruch muss der Schuldner haften, sofern er sein Recht nicht geltend macht. Durch das B e s t e h e n des Einrederechtes wird die Haftung des Schuldners noch nicht aufgehoben. Die Lehre Hirschs leidet an dem Mangel, dass sie nicht materielles und Prozessrecht scheidet

---

1) Vgl. Endemann, § 88, 2, b; Kohler, a.a.O., S. 189; Hellwig, Lehrb., S. 253 und Crome, Bd. I, § 36, S. 190.

2) § 106.

3) a.a.O., S. 262.

4) a.a.O., S. 104.

5) a.a.O., S. 156.

6) Wenngleich sich nach geltendem Recht keinesfalls mit Brinz und Lenel behaupten lässt, dass der Anspruch durch die Einredezuständigkeit bereits v e r n i c h t e t werde.

7) So Hölder „Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe", a.a.O., S. 163; Lehrmann, a.a.O., S. 72 u. 81; Caspers, a.a.O., S. 45.

8) § 194.

9) In ZZP, Bd. 35, S. 299.

und ausser Acht lässt, dass der Anspruch dem materiellen Rechte angehört, deshalb nicht in ein materielles und ein formelles Recht, seine Durchsetzbarkeit, geteilt werden kann, da er formelles gar nicht enthält.

Langheineken [4]) und ihm folgend Graeffner,[5]) Hirsch,[6]) Geier,[7]) Neuner [8]) und Oertmann [9]) sehen den einredebehafteten Anspruch nicht als fällig an. Langheineken begründet seine Ansicht damit, dass zum fälligen Anspruch eine gegenwärtige Verpflichtung gehöre. Eine solche liegt seiner Ansicht nach auch dann nicht vor, wenn die Verpflichtung zwar besteht, aber ihr Bestand ungewiss ist.

Diese Auffassung findet im Gesetz durchaus keinen Anhaltspunkt. Ungewiss ist ja nicht der Bestand der Verpflichtung, den erkennen auch die Vertreter dieser Lehrmeinung an. Denn es kann gar nicht bestritten werden, dass der Schuldner des einredebehafteten Anspruches zu gegenwärtiger Leistung verpflichtet ist, zu der er gerade nach Ansicht dieser Autoren selbst dann verurteilt wird, wenn er die Einrede aussergerichtlich geltend gemacht hat. Das Bestehen der Einrede rückt nicht den Bestand, sondern das Bestehenbleiben der Verpflichtung ins Ungewisse und damit „in die Zukunft", um mit Langheineken zu sprechen, da ihre Ausübung allein oder in Verbindung mit der Rechtskraft des durch sie etwa bewirkten Urteils die Leistungsverpflichtung auf Zeit oder für immer aufhebt. Die Lehre Langheinekens leidet somit auch dann noch an einem logischen Fehler, wenn man ihm dahin folgt, die Ungewissheit der Zukunft gleichzusetzen. Denn ungewiss, zukünftig, ist nicht der Bestand, sondern der Fortfall der Verpflichtung. Der einredebehaftete Anspruch ist daher gegenwärtig und auch fällig.

Sind diese Erklärungsversuche für die Veränderung des Anspruchs durch Entstehung der Einrede auch wider-

4) a.a.O., S. 21.
5) a.aO., S. 17.
6) a.aO., S. 299.
7) a.a.O., S. 24.
8) a.a.O., S. 37.
9) Bd. I, Vorbem. 194, 2 b.

sprechend und unzutreffend, so beruhen sie doch alle auf der richtigen Erkenntnis, dass bereits die Einredezuständigkeit den Anspruch in seinem Inhalt und damit die Rechtsbeziehungen verändere.[1])

Die Veränderung des Anspruches durch die Einredezuständigkeit geht mit Deutlichkeit a u s d e m BGB s e l b s t hervor. Gemäss § 390 BGB kann mit einem einredebehafteten Anspruch, auch ohne dass die Einrede geltend gemacht worden ist, nicht aufgerechnet werden.[2]) Der innere Grund dieser Bestmmung liegt darin, dass das Gesetz den vorher gleichartigen Anspruch wegen des Bestehens der Einrede nicht mehr als gleichwertig ansieht. Waren die Ansprüche aber vor Entstehen des Einrederechtes gleichartig, so muss dieses den einen von ihnen verändert haben und § 390 BGB allein wäre daher schon ein hinreichender Beweis dafür, dass die Einrede bereits mit ihrer Entstehung materiell-rechtliche Wirkungen hat und den Anspruch in seinem Inhalte verändert.

Das lässt das BGB ferner noch in mehreren anderen Bestimmungen erkennen.

So hemmen laut § 202 Abs. 1 BGB die dilatorischen Einreden mit Ausnahme der in § 202 Abs. 2 aufgezählten die Verjährung. Dass zur Herbeiführung dieser Wirkung nicht die Geltendmachung der Einrede erforderlich ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 202 mit Deutlichkeit, in dem es heisst, dass die Verjährung gehemmt ist, „solange" der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Das Wort „solange" weist daraufhin, dass die Hemmung von einem Z u s t a n d, der Einredezuständigkeit, nicht von einer H a n d l u n g, der Einredegeltendmachung, abhängig ist.

Ist der Anspruch, dem eine p e r e m p t o r i s c h e Einrede entgegensteht, durch Vormerkung, Hypothek oder

---

1) Vgl. Kipp, a.a.O., S. 133; Oertmann, Vorbem. 194, 2 b; Neuner, a.a.O., S. 51; Geier, a.a.O., S. 27.

2) Dass § 390 BGB nicht die Geltendmachung der Einrede voraussetzt, wird in der Lehre häufig verkannt, so von Oertmann, Vorbem. 194 und Graeffner, a.a.O., S. 51 f. Dagegen Kohler, Bd. I, § 65, der gerade in der Verhinderung der Aufrechnungsmöglichkeit die einzige Wirkung der Einredezuständigkeit erkennt.

Pfandrecht gesichert, so kann der Einredeberechtigte Löschung der Vormerkung, Verzicht auf die Hypothek bezw. Aufhebung des Pfandrechtes verlangen (§§ 886, 1169, 1254 BGB), und ist endlich trotz Bestehens einer Einrede geleistet worden, so kann das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden (§ 831 BGB).

Auch diese Ansprüche haben tatbestandsmässig das Bestehen, nicht die Geltendmachung der Einrede zur Voraussetzung; es kann nicht einmal in der Erhebung dieser Ansprüche das Vorbringen der Einrede erkannt werden.[1]) Das vertrüge sich nicht mit dem Wesen der Einrede als dem Recht, der Geltendmachung eines Rechtes zu widersprechen. Ein Anspruch kann jederzeit erhoben werden, dagegen verlangt die Einrede begriffsmässig die Geltendmachung eines gegen den Berechtigten gerichteten Rechtes.[2]) Die Einrede ist kein Recht zum S p r u c h (wie der Anspruch), sondern zum W i d e r s p r u c h.

Dass die Geltendmachung dieser Ansprüche nicht das Vorschützen der ihnen zugrundeliegenden Einreden bedeutet, kann sich praktisch darin auswirken, dass der Beklagte auch nach Aufhebung der dinglichen Sicherung des einredebehafteten obligatorischen Anspruches auf Grund des geltendgemachten obligatorischen Anspruches immer noch zur Leistung verurteilt werden kann, sofern er nicht von seiner Einrede Gebrauch macht.[3])

Alle diese Bestimmungen sind der rechtliche Ausdruck der wirtschaftlichen Schwäche des einredebehafteten Anspruches

---

1) Ders. Ans. Graeffner, a.a.O., S. 39. Dagegen erklären Hölder, Anspruch und Klagrecht, S. 78 und Hellwig. Lehrb., § 36, III sie aus der Rückwirkung der darin enthaltenen Geltendmachung des Einrederechts.

2) Vgl. Oertmann, Vorbem. 194 b; Wach, § 9.

3) Diese selbständigen Ansprüche sind gegeben, um die wirtschaftliche und die rechtliche Lage in Einklang zu bringen (s. Graeffner, a.a.O., S. 39), da es unbillig wäre, dem Einredeberechtigten solange die Duldung eines rechtsschmälernden Zustandes zuzumuten, bis der Anspruchsberechtigte seinerseits sein geschwächtes Recht geltend macht, was wahrscheinlich in den seltensten Fällen überhaupt jemals geschehen würde. Darüber hinaus bestände bei der Verkehrshypothek die Gefahr, dass der Einredeberechtigte seiner Einrede durch gutgläubigen Rechtserwerb eines Dritten verlustig ginge.

und der Beweis der durch die Einredezuständigkeit herbeigeführten rechtlichen Veränderung des Anspruches in seinem Inhalt. Der einredebehaftete Anspruch ist kein vollstarker mehr, sondern bereits durch das Bestehen des Gegenrechtes geschwächt. Ob durch dessen Geltendmachung er selbst oder nur seine jeweilige Geltendmachung entkräftet wird, wird weiter unten zu untersuchen sein.

§ 3.

DAS GESTALTUNGSRECHT.

I. a) Den weitesten Begriff derjenigen Rechte, zu denen das Gestaltungsrecht gehört, hat Thon in seinem Werke „Rechtsnorm und subjektives Recht" [1]) in seiner Selbständigkeit erkannt und entwickelt. Thon stellt neben die Rechte und den Anspruch „ein Können rechtlicher Art, das dem Einzelnen die Macht verleiht, durch seine Handlung die Voraussetzungen für den Eintritt oder den Wegfall staatlicher Imperative zu erbringen." Diese Macht bezeichnet er als „Befugnis".

Als Eigenart der Befugnis hebt Thon hervor, dass sie dem Inhaber weder einen Normenschutz noch einen Anspruch, sondern eine unmittelbare rechtliche Macht gewährt.

Die Thonsche Befugnis setzt nicht voraus, dass der Gebrauch der in ihr enthaltenen rechtlichen Macht erlaubt sei, umgekehrt kann die Rechtsordnung die Ausübung einer Befugnis aber auch zur Pflicht erheben.[2]) So ist jede Veräusserung einer Befugnis, aber zugleich auch fast immer die Realisation eines darauf gerichteten obligatorischen Vertrages, mithin die Erfüllung einer rechtlich begründeten Verpflichtung. Die Thonsche Befugnis ist, wie Langheineken [3]) zutreffend bemerkt, das Recht zu irgendwelchem rechtserheblichen Handeln oder ein Recht zu einem rein tatsächlichen Verhalten. Ich habe also die „Befugnis" zu kündigen, anzufechten, die Leistung zu verweigern, Offerten zu machen, Verträge zu erfüllen, aber auch die Befugnis zu stehlen, zu betrügen usw.

Die Befugnis ist somit davon entfernt, ein subjektives Recht des Befugten zu bedeuten. Ein solches ist die von dem objektiven Recht, der Rechtsordnung, dem Rechtssubjekte ver-

1) S. 338 ff.
2) a.a.O., S. 343, 344.
3) a.aO., S. 3.

liehene Willensmacht oder Willensherrschaft.[1]) Daraus ergibt sich, dass das subjektive Recht ein V o r recht des Berechtigten sein muss, das nur oder gerade ihm im Unterschied zu anderen zusteht,[2]) und dass sein Gebrauch rechtlich erlaubt sein muss, da es ja von der Rechtsordnung gewährt wird.

Die Befugnis, Offerten zu machen, ist aber deshalb kein subjektives Recht, weil sie einem jeden zukommt und kein dem Einzelnen zustehendes Vorrecht ist. Die Befugnis, Gebote des materiellen Rechtes, etwa Verträge zu erfüllen, um deswillen nicht, weil sie kein Recht, sondern eine Pflicht ist, und die Befugnis, unerlaubte Handlungen zu begehen, darum nicht, weil sie von der Rechtsordnung nicht verliehen, sondern verboten wird.

In dem Rechtssubjekte liegt also „die Befugnis" zu jedem Verhalten, das rechtlich normiert ist. Die Thonsche Befugnis umfasst mithin jede von der Rechtsordnung dem Einzelnen geschenkte Beachtung, soweit sich diese nicht in Rechten und Ansprüchen äussert. Sie ist ein zu weiter Begriff, um praktisch verwertbar zu sein.

b) Die Selbständigkeit derjenigen Rechte, die Thon als Befugnis bezeichnet, ist weiterhin von Winscheid[3]) erkannt worden. Er unterscheidet bei dem subjektiven Recht zwei Bedeutungen:

„1. die Rechtsordnung hat sich des Befehls entäussert und ihren Befehl zum Befehl des Berechtigten gemacht; dann gewährt sie ihm ein Recht oder einen Anspruch;

2. kann das Recht bedeuten, dass der Wille des Berechtigten massgebend sei für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art oder für den Untergang oder die Veränderung entstandener. Es wird dem Berechtigten ein massgebender Wille zugeschrieben, nicht für die Durchsetzung, sondern für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung."

---

1) Vgl. Windscheid, Pandekten, § 37.

2) S. Zittelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, S. 44; Thon, a.aO., S. 325 und Seckel, a.a.O., S. 211.

3) Pandekten, § 37.

Wenn diese zweite Bedeutung eine Umschreibung der Thonschen Befugnis ist, so liegt hierin auch eine Fortentwicklung und Einengung dieses Begriffes. [1]) Denn die von Windscheid gekennzeichnete, dem Einzelnen zustehende Willensmacht bedeutet bereits ein subjektives Recht des Berechtigten. Windscheid stellt nicht wie Thon auf die dem Befugten gegebene M ö g l i c h k e i t, die Voraussetzung für den Eintritt oder Wegfall staatlicher Imperative zu erbringen ab, sondern die von ihm umschriebenen Rechte verlangen einen von G e s e t z als massgebend a n e r k a n n t e n Willen; damit werden diejenigen Befugnisse ausgeschlossen, deren Ausübung das Gesetz verbietet, also nicht anerkennt. Windscheid hat es aber unterlassen, den von ihm schon eingeschränkten Begriff ausführlicher zu entwickeln und ihm eine besondere Bezeichnung zu geben.

c) Dies blieb erst Zitelmann vorbehalten. In seinem internationalen Privatrecht [2]) und Grundriss [3]) führt er die von Thon und Windscheid bereits erkannte Dreiteilung der Rechte durch und gibt jeder Art von Rechten einen Namen, der ihr Wesen kennzeichnen soll. So bezeichnet er die absoluten Herrschaftsrechte als „Rechte des rechtlichen Dürfens", die Ansprüche als „Rechte des rechtlichen Sollens", während er an die Stelle der Thonschen Befugnis das „Recht des rechtlichen Könnens" setzt. Er bestimmt es als das subjektive Privatrecht, das dem Berechtigten die Macht verleiht, durch einseitige Willenserklärung eine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Die Rechte des rechtlichen Könnens teilen mit der Befugnis im Sinne Thons die Eigenschaft, eine Macht über eine gewisse Rechtswirkung zu gewähren. [4])

Seinem Inhalt nach bedeutet aber das Recht des rechtlichen Könnens eine Einschränkung des Begriffes der Befugnis, weil es nach Zitelmann den Erfordernissen eines subjektiven Privatrechtes genügen muss. Insoweit hat Zitelmann die von

1) a.A. Oertmann, Vorbem. 194 D Exkurs I.
2) Bd. II, S. 32 ff.
3) S. 27 ff.
4) Siehe Internationales Privatrecht, S. 35.

Windscheid vorgenommene Einschränkung der Thonschen Rechtskategorie übernommen.

Darüber hinaus ergibt sich eine von Windscheid nicht vorgenommene weitere Einengung des Begriffes der Befugnis dadurch, dass für das Recht des rechtlichen Könnens eine bestimmte Form der Ausübung bezeichnend ist. Die Rechte des rechtlichen Könnens können nicht wie die Befugnis in jeder Form und auch durch Rechtshandlung betätigt werden, sondern ihre Ausübung verlangt eine einseitige Willenserklärung, also ein Rechtsgeschäft. Die mit seiner Ausübung verbundenen Rechtsfolgen treten als und weil vom Berechtigten (allein) gewollt, nicht als vom Gesetz an ein bestimmtes Verhalten geknüpft, ein.

Das Wesen des Rechtes des rechtlichen Könnens besteht also darin, dass es den Berechtigten ermächtigt, durch einseitige Erklärung irgendwelche rechtliche Wirkung zu erzielen. Hinsichtlich der Art dieser Wirkung hat Zitelmann nichts bestimmt, weil er Thon darin gefolgt ist, die von ihm entwickelten Rechte nur von der Person des Berechtigten aus zu betrachten, worauf auch die gewählte Bezeichnung hinweist.

Zu den Rechten des rechtlichen Könnens gehören das Anfechtungs-, das Aufrechnungs-, das Kündigungs-, das Rücktrittsrecht u.a. Rechte; auch die Einrede rechnet Zitelmann darunter.

II. Das Zitelmannsche Recht des rechtlichen Könnens ist die letzte Vorstufe auf dem Wege zur Entwicklung desjenigen Begriffes, den wir unserer Arbeit zu Grunde zu legen haben, dem Gestaltungsrecht.

a) Wie Seckel, der Schöpfer des Gestaltungsrechtes selbst sagt,[1]) sind es zwei Mängel des Zitelmanschen Begriffes, die ihn veranlassten, nicht bei dieser Bezeichnung stehen zu bleiben, und zwar ein äusserer und ein innerer.

Der äussere Mangel ist die vielsilbige Unbequemlichkeit

1) In Festgabe der Berliner Fakultät für Koch, S. 209.

des Wortes „Recht des rechtlichen Könnens" und die Unmöglichkeit, es praktisch abzuwandeln, beispielsweise ein Substantivum für den Berechtigten zu bilden.

Der innere Fehler ist der, dass ein rechtliches Können jedem Rechte innewohnt, auch den von Zitelmann sog. „Rechten des rechtlichen Dürfens" und den „Rechten des rechtlichen Sollens". Jedes subjektive Privatrecht enthält notwendig „ein Dürfen" und ebenso notwendig ein „Können" in sich, und niemals ist ein Dürfen ohne ein Können möglich. Ferner wirft Seckel mit Recht der Zitelmannschen Dreiteilung vor, dass die Rechte des rechtlichen Dürfens und Könnens ihre Bezeichnung von der Aktiv-, die Rechte des rechtlichen Sollens von der Passivseite her empfangen.

Seckel bringt insofern einen neuartigen Gesichtspunkt in die Entwicklung der Rechte, als er nicht mehr von der Person des Berechtigten, vom Rechtssubjekt, in der Abgrenzung der Rechtskategorie ausgeht, sondern auf ihre Wirkung, auf das Rechtsobjekt abstellt.

Er bestimmt [1]) das Gestaltungsrecht als das „subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft ist."

Die Rechte des rechtlichen Könnens und das Gestaltungsrecht haben also das gemeinsam, dass beide den Erfordernissen des subjektiven Privatrechtes genügen müssen, dass beide durch einseitige Willenserklärung betätigt werden, und dass beider Inhalt in der Macht über eine Rechtswirkung liegt.

b) Die grundsätzliche Abgrenzung und Einschränkung des Seckelschen gegen den Zitelmannschen Begriff ist von Seckel nicht hervorgehoben worden. Er sagt selbst,[2]) dass sich das Gestaltungsrecht „in der Hauptsache" mit dem Zitelmannschen Begriffe decke, aber auch er verkennt nicht, dass das Gestaltungsrecht begrifflich einige Rechte ausschliesst, die Zitelmann unter die Rechte des rechtlichen Könnens rech-

1) a.a.O., S. 210.
2) a.a.O., S. 209.

nete, und so scheidet er die von Zitelmann als Recht des rechtlichen Könnens anerkannte Einrede aus dem Begriff des Gestaltungsrechtes aus. Dass das Gestaltungsrecht mehr als eine andere Bezeichnung des Zitelmannschen Begriffes und eine weitere Einengung desselben bedeutet, hat Seckel somit zwar de facto anerkannt, ohne aber näher zu bestimmen, worin die Abgrenzung beider Begriffe liegt.

Sie ergibt sich aber schon aus der Bezeichnung: zum Rechte des rechtlichen Könnens genügt es, dass die Ausübung eines Rechtes überhaupt irgendwelche rechtliche Wirkung hat, das Gestaltungsrecht verlangt eine ganz bestimmt geartete rechtliche Wirkung seiner Ausübung, nämlich eine Veränderung der Rechtsbeziehungen.

Ausselhalb des Begriffes des Gestaltungsrechtes müssen also diejenigen Rechte des rechtlichen Könnens liegen, die zwar eine Rechtswirkung, nicht aber eine Aenderung der Rechtsbeziehungen herbeizuführen geeignet sind. Eine Aenderung der Rechtsbeziehungen setzt begriffsmässig die Aenderung eines oder mehrerer derjenigen Rechte voraus, deren Gesamtheit die Rechtsbeziehungen ausmacht.

Gibt es nun Rechte, deren Ausübung eine Rechtswirkung hervorruft, die nicht gleichzeitig eine Rechtsänderung bedeutet? Das führt zu der Vorfrage, ob sich eine Unterscheidung zwischen Rechtswirkung und Rechtsänderung überhaupt durchführen lässt.

Rechtswirkung ist die rechtliche Bedeutung einer Tatsache.

In jeder Rechtsänderung ist eine Rechtswirkung enthalten, die also der umfassendere Begriff ist. Die Rechtsänderung bedeutet eine Rechtswirkung von bestimmter Art, nämlich eine solche, die Rechte ändert. Eine **Rechtswirkung,** die keine Rechtsänderung ist, kann dann gedacht werden, wenn eine Tatsache eine sonst eintretende Rechtsänderung verhindert. Die

Rechtswirkung begreift also sowohl die Herbeiführung wie die Verhinderung einer Rechtsänderung in sich.

So erzeugt beispielsweise der einmalige Gebrauch einer Grunddienstbarkeit während eines Jahres (§ 1029 BGB) eine Rechtswirkung, nämlich die, dass der Besitzer des herrschenden Grundstückes Besitzesschutz hinsichtlich der Ausübung der Grunddienstbarkeit bewahrt. In dieser Rechtswirkung liegt aber keine Rechtsänderung, denn die Grunddienstbarkeit bleibt nach dem Gebrauch dieselbe, die sie vorher war.

So gibt es auch Rechte des rechtlichen Könnens, deren Gebrauch eine Rechtswirkung erzeugt, die keine Rechtsänderung ist, deren Inhalt vielmehr in der Verhinderung einer Rechtsänderung besteht. Es sind dies insbesondere die Meldungsrechte beim Aufgebotsverfahren. Ist beispielsweise ein Verschollener unter den Voraussetzungen der §§ 14—17 BGB aufgeboten worden, so hat er das Recht, sich zu melden, um die Todeserklärung, eine Rechtsänderung, zu vermeiden. Die Ausübung des Meldungsrechtes ändert weder ein bestehendes, noch schafft sie neues Recht; der Verschollene wahrt damit nur seine Rechtsstellung, deren Verlust ihm drohte, aber auch der Aufbietende verliert kein Recht, da er durch das Aufgebot noch keines erworben hat. Das Meldungsrecht ist also ein Beispiel eines Rechtes, durch einseitige Willenserklärung eine Rechtswirkung herbeizuführen, die keine Rechtsänderung ist; es ist ein Recht des rechtlichen Könnens, das kein Gestaltungsrecht ist.

Die Unterscheidung zwischen Rechtswirkung und Rechtsänderung ist in der Wissenschaft allerdings ungebräuchlich.[1]) Doch lässt m.E. der verschiedene Ausdruck in der

---

1) Eine Unterscheidung zwischen Rechtswirkung und Rechtsänderung findet sich erstmalig bei Walsmann, a.a.O., S. 115, wenngleich Walsmann als Gegner der Ansicht auftritt, dass zum Gestaltungsrecht eine Rechtsänderung erforderlich und eine Rechtswirkung nicht genügend sei.

Zitelmannschen [1]) und der Seckelschen Schrift [2]) erkennen, dass sie von beiden Autoren zwar nicht betont, aber doch angedeutet wird. Denn es kann nicht als Zufall angesehen werden, dass Zitelmann nur von einer „Rechtswirkung" Seckel dagegen von einer „Rechtsänderung" spricht, wenn diese Unterscheidung im Ausdruck ihm zufällig und bedeutungslos erschienen wäre.

Die Einschränkung des Gestaltungsrechtes gegenüber dem Begriff der Rechte des rechtlichen Könnens liegt somit darin, dass das Gestaltungsrecht diejenigen Rechte ausschliesst, deren Rechtswirkung sich in der Verhinderung einer Rechtsänderung erschöpft.

III. a) Seckel hat die Gestaltungsrechte nach verschiedenen Gesichtspunkten eingeteilt: einmal nach der Wirkung auf die betroffenen Rechte [3]) in Begründungs-, Aenderungs- und Aufhebungsrechte. Er selbst hält aber diese Trennung für wenig zweckentsprechend, weil die Gestaltungsrechte vielfach gleichzeitig Rechte begründen, verändern und aufheben, so dass diese Unterscheidung nicht immer durchführbar ist.

In der Hauptsache unterscheidet Seckel zwischen den Gestaltungsrechten, die unmittelbar nur die eigene Rechtssphäre des Gestaltenden (meist günstig, unter Umständen auch ungünstig, wie die Annahme einer überschuldeten Erbschaft) berühren, während ihre Ausübung in fremde Rechtssphären überhaupt nicht oder höchstens per reflexum eingreift. Die meisten führen zum Rechtserwerb oder zum definitiven Rechtserwerb (der hier nicht auf fremde Kosten erfolgt), so das Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen, das Recht der Erbschaftsannahme usw. Diese Rechte bezeichnet

Die anderen Gestaltungsrechte wie das Rücktritts-, das Seckel als „Zugriffsrechte".

---

1) Internationales Privatrecht.
2) „Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechtes".
3) a.a.O., S. 212.

Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht greifen im Ausübungsfalle sämtlich unmittelbar auf fremde Rechtssphären über, weshalb er sie „Eingriffsrechte" nennt.

b) 1. Alle Gestaltungsrechte, die Eingriffs- sowohl wie die Zugriffsrechte haben gemeinsam, dass ihre Ausübung über die eigene Rechtssphäre des Gestaltenden hinausgreift. Das ist für das Gestaltungsrecht als subjektives Privatrecht begriffsnotwendig. Denn die Rechtsmacht des Gestaltungsberechtigten erschöpft sich in der Erzeugung staatlicher Imperative. Wären diese nur gegen den Berechtigten und die innerhalb seiner Rechtssphäre liegenden Gegenstände gerichtet, so bedeutete diese Rechtsmacht kein Vorrecht des Berechtigten, kein subjektives Recht. Denn ein Vorrecht kann nicht allein gegen den Bevorrechtigten selbst bestehen.

Ueber die eigene Rechtssphäre des Gestaltenden greifen auch diejenigen Rechte hinaus, die Seckel als Zugriffsrechte bezeichnet, wie das Aneignungsrecht und das Recht zur Erbschaftsannahme. Die Rechtsspräre, der die betroffenen Gegenstände vor Ausübung des Rechtes angehören, mag zwar um deswillen keine fremde genannt werden können, weil sie keinem bestimmten Berechtigten zusteht; durch die Ausübung dieser Gestaltungsrechte werden aber Gegenstände, die vorher nicht zur Rechtssphäre des Berechtigten gehört haben, in diese hineinbezogen. Die Rechtssphäre, der sie bisher angehört haben, dürfte als „neutrale" d.h. keinem bestimmten Berechtigten zustehende zu bezeichnen sein, jedenfalls liegt aber auch sie jenseits der eigenen des Gestaltenden.

2. Das wesentlichste Merkmal des Gestaltungsrechtes ist dasjenige, dem es seinen Namen entlehnt, die rechtsändernde Wirkung seiner Ausübung. Durch seinen Bestand wird noch keine Rechtsänderung bewirkt. Erst seine Ausübung schafft eine Aenderung der Rechtsbeziehungen, indem sie neue Rechte begründet, bestehende aufhebt oder in ihrem Inhalte verändert. Trete ich z.B. vom Kaufvertrage zurück, so wird mein Anspruch auf die Ware vernichtet, dagegen ein neuer, auf Rückgewährung des Geleisteten ge-

mäss § 347 BGB begründet; übe ich bei einer Wahlschuld das Wahlrecht aus, so wird dadurch mein Anspruch in seinem Inhalte geändert, indem er nunmehr nur noch auf den gewählten Gegenstand gerichtet ist (§ 265 BGB). Die Ausübung des Gestaltungsrechtes bildet einen selbständigen Tatbestand, d.h. sie allein ist die Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, an die das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge knüpft und diesen neuen Tatbestand hat der Richter von Amtswegen zu berücksichtigen.

3. Ein weiteres dem Gestaltungsrecht zukommendes und von seiner Wirkung untrennbares Merkmal besteht darin, dass die Ausübung des Gestaltungsrechtes stets eine Verfügung über das Gestaltungsrecht selbst ist, das es zum Erlöschen bringt. Das Gestaltungsrecht ist ein Zweckrecht; es ist in seinem Bestande nicht Selbstzweck, seine Bedeutung liegt vielmehr erst in der Ausübung und der damit bewirkten Rechtsänderung. Nach Eintritt des mit ihm erreichbaren Erfolges kann sein Bestand keinen Sinn mehr haben, denn es kann kein Recht auf eine bereits eingetretene und endgültige Rechtsänderung geben.[1]) Das Erlöschen des Gestaltungsrechtes ist nicht nur selbst eine Rechtsänderung, es ist auch der Beweis dafür, dass die durch das Recht erreichbare Rechtsänderung eingetreten ist.

Als Merkmale des Gestaltungsrechtes fassen wir also zusammen, dass seine Ausübung Rechte und Rechtsbeziehungen verändert. Seine über den Rechtskreis des Gestaltenden hinausgehende Wirkung erschöpft sich in der Rechtsänderung und daher erlischt es mit der Ausübung.

IV. Einige Autoren haben an die Stelle des Gestaltungsrechtes andere Begriffe setzen wollen, teils indem sie ihm nur einen anderen Namen geben, teils indem sie das Gestaltungsrecht mit unter eine nach anderen Gesichtspunkten gebildete Kategorie fassen wollen.

1) Das betont auch Seckel, a.a.O., S. 229: „Das Gestaltungsrecht ist ein konsumptibles Recht, dessen bestimmungsmässiger Gebrauch in dem Verbrauch besteht".

a) So schlägt Cosack [1]) an Stelle der von Seckel gewählten Bezeichnung den Ausdruck „Bestimmungsrecht" vor. Dieses Wort kennzeichnet aber nicht das Wesen des Begriffes. „Besitmmt" werden nämlich die Rechtsbeziehungen nicht von dem Aenderungsberechtigten, sondern sie „bestimmen" sich nach dem Gesetz. Dem Berechtigten steht gewöhnlich nur die Wahl zu, sein Recht zu gebrauchen oder nicht. Macht er es geltend, so sind die an den Tatbestand seiner Rechtsausübung geknüpften Rechtsfolgen seiner Willensmacht entzogen und vom Gesetz bestimmt. Darum ist die Cosacksche Bezeichnung als irreführend abzulehnen.

b) Während die Entwickelung bis zu Seckel dahin geht, durch Einengung der gewonnenen Begriffe eine möglichst eng umrissene Kategorie mit bestimmten Merkmalen zu schaffen, hat Enneccerus [2]) in seinen „Rechten auf Rechtsänderung" wieder einen ausgedehnteren Begriff begründet. Als Recht auf Rechtsänderung bezeichnet er „die Rechtsmacht, vermöge deren eine Rechtsänderung, d.h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unserem Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt." Die Rechte auf Rechtsänderung bedeuten insofern eine Erweiterung des Gestaltungsrechtes, als die für beide Kategorien verlangte Rechtsänderung hier nicht durch die einseitige Willenserklärung des Berechtigten (eventuell verbunden mit einem ihr folgenden staatlichen Akt, z.B. Urteil), sondern auch ohne jede Mitwirkung des Willens eintreten kann. So zählt Enneccerus [3]) namentlich alle Erwerbsberechtigungen dazu, wie den Anfall einer Erbschaft, das Fruchtziehungsrecht des Niessbrauchers u. a. Zu ihnen gehören nach Enneccerus auch die Einreden und zahlreiche öffentliche Rechte wie das Wahlrecht. Ob diese Erweiterung des Begriffes geboten und das Recht auf Rechtsänderung geeignet ist, praktische Ergebnisse herbeizuführen, mag dahingestellt bleiben, da wir unserer Arbeit nur den Seckelschen

1) Lehrb., § 19.
2) Bd. I, § 66.
3) § 66, Anm. 12.

Begriff des Gestaltungsrechtes zu Grunde zu legen haben.

Das Gestaltungsrecht ist als Rechtsbegriff fast allgemein anerkannt worden. Wenn Kohler [1]) es ablehnt und statt dessen wieder auf den gänzlich nichtssagenden Begriff der Befugnis zurückgreift, so kann diesem Angriff keine Bedeutung beigemessen werden, da Kohler eine Begründung für seine Ablehnung nicht gibt.

1) § 48, Anm. 2, S. 159.

§ 4.

IST DIE EINREDE EIN GESTALTUNGSRECHT?

I. a) Thon („Rechtsnorm und subjektives Recht") und ihm folgend Kohler,[1]) von Tuhr,[2]) Langheineken,[3]) Crome,[4]) Matthiass [5]) und Geier [6]) haben die Einrede zweifellos zu Recht unter dem von Thon gebildeten Begriff der Befugnis gefasst; denn sie verleiht dem Berechtigten die Macht, die Voraussetzung für den Eintritt oder Wegfall staatlicher Imperative zu erbringen und wird auch im Gesetz als „Befugnis" bezeichnet (vgl. §§ 770 BGB und 129 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches).

Zitelmann, der aus dem Begriff der Befugnis die Rechte des rechtlichen Könnens aussonderte, rechnet die Einrede mit unter diesen verengerten Begriff [7]) und nach ihm Windscheid,[8]) Endemann [9]) und Langheineken.[10])

Die Zurechnung der Einrede zu dieser Rechtskategorie ist ebenfalls von der Wissenschaft mit Recht nicht beanstandet worden. Denn das Recht des rechtlichen Könnens erfordert ja nur die Macht, durch einseitige Willenserklärung eine Rechtswirkung herbeizuführen. Mag die Wirkung der Einrede auch keine weitergehende sein als die Verhinderung einer Rechtsänderung, so trägt sie die Merkmale der Zitelmannschen Kategorie dann schon, wenn ihre Geltendmachung rechtlich bedeutsam ist. Dass hierdurch auch eine Rechts-

1) Bd. I, S. 191.
2) Allg. Teil, § 17, S. 298.
3) a.aO., S 43.
4) a.a.O., S. 182.
5) Bd. I, § 70, S. 281.
6) a.aO., S. 45.
7) S. Grundriss, S. 27 ff.
8) § 47.
9) Bd. I, § 88, 2 b, Anm. 25.
10) a.a.O., S. 43.

änderung eintrete, gehört nicht zu den Merkmalen der Rechte des rechtlichen Könnens und ist daher für die Frage der Subsumption der Einrede unter die Rechte des rechtlichen Könnens nicht zu untersuchen.

Konnte die Einrede noch unbestritten der Befugnis und den Rechten des rechtlichen Könnens zugerechnet werden, so setzt der Streit der Lehrmeinungen erst mit der Subsumption der Einrede unter die Gestaltungsrechte ein, und seine Entscheidung soll der Inhalt unserer Arbeit sein.

Die Merkmale des Seckelschen Gestaltungsrechtes legen der Einrede schon Lehman [1]) und Siber [2]) bei, wenngleich sie die Bezeichnung — „Kannrecht" bezw. „negatives Kannrecht" — mehr oder weiniger Zitelmann entlehnen; direkt als Gestaltungsrecht wird die Einrede von Foerster-Kann,[3]) Walsman,[4]) Rümelin,[5]) Neuner,[6]) Enneccerus [7]) und Warneyer [8]) bezeichnet, während Krückmann [9]) und Biermann [10]) sie ein „prozessuales Gestaltungsrecht" nennen, und Cosack[11]) sie zu seinen Bestimmungsrechten zählt. Noch einen Schritt weiter geht Bucerius,[12]) der verschiedene Gestaltungsrechte als „Einrederechte" auffasst. Doch fussen alle diese Lehrmeinungen auf den Schriften von Hölder und Hellwig, die der Einrede, ohne ihr den Namen des Gestaltungsrechts zu geben, doch dessen wesentliche Merkmale

---

1) a.a.O., S. 72 u. 81.
2) in Jhering, Bd. 50, S. 70.
3) § 253, 5, S. 619.
4) a.aO., S. 115 ff.
5) Arch. f. d. ziv. Pr., Bd. 98, S. 343.
6) a.aO., S. 35.
7) Bd. I, § 66, Anm. 15.
8) Bd. I, § 194, II.
9) Jhering, Bd. 57, S. 202.
10) Bd. I, § 37, S. 110.
11) § 19, Anm. 21 a.
12) a.aO., S. 126 ff.

beigelegt haben.[1])

b) Einrede und Gestaltungsrecht sind schon um deswillen einander verwandte Begriffe, weil sie beide als subjektive Privatrechte unter den Begriff der Rechte des rechtlichen Könnens fallen und als solche durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten ausgeübt werden.

Unbestreitbar teilt die Einrede mit dem Gestaltungsrecht auch das Wesensmerkmal, dass seine Ausübung über die eigene Rechtssphäre hinausgreift, indem sie die Wirksamkeit des einem Dritten, dem Anspruchsinhaber, zustehenden Rechtes betrifft.

Wer aber in der Einrede ein Gestaltungsrecht sehen will, der muss annehmen, dass ihr auch das wesentlichste Merkmal des Gestaltungsrechts zukomme, die rechtsverändernde Wirkung ihrer Ausübung, und er mag sich zum Nachweis dieser Rechtsänderung auf die weitere Eigentümlichkeit des Gestaltungsrechts berufen, seine Konsumption durch den Gebrauch.

Die zur Annahme eines Gestaltungsrechtes erforderliche Aenderung der Rechtsbeziehungen wird von der die Subsumption der Einrede unter das Gestaltungsrecht vertretenden Lehrmeinung darin gesehen, dass die Geltendmachung der Einrede den von ihr betroffenen Anspruch verändere; und zwar wird von den einen die Vernichtung des Anspruches gelehrt, während die anderen behaupten, der Anspruch werde durch die Geltendmachung der Einrede dauernd unwirksam und so in seinem Inhalte geändert. Jedenfalls muss die Einrede ein Recht, den Anspruch, in seiner Substanz, nicht nur in seinen Auswirkungen verändern, wenn sie zu Recht den Gestaltungsrechten zugezählt werden soll.

---

1) Es bleibt als Kuriosum zu erwähnen, dass Hellwig seine ausführlich in seinem Lehrbuch und in seiner Schrift „Anspruch und Klagrecht" begründete Lehrmeinung in einer kurzen Anmerkung seiner Abhandlung „Prozesshandlung und Rechtsgeschäft" (Anm. 10 u. 17) widerrufen hat, während der heftigste Bekämpfer seiner ersten Ansicht, Siber („Rechtszwang im Schuldverhältnis") seine ausführliche Widerlegung Hellwigs in Jhering, Bd. 50, S. 70, zurücknimmt und sich selbst zu der von ihm bekämpften, von Hellwig aber zurückgenommenen Lehrmeinung bekennt.

II. a) Die Vernichtung des Anspruches durch die Einrede ist vor allem von Hölder und Hellwig mit verschiedenen Begründungen angenommen worden. Der Vater der Ansicht, die sich mit aller Macht gegen die Vorstellung eines Anspruches ohne unbedingte Leistungsverpflichtung auflehnt, ist aber Lenel [1]):

> „Die Idee eines existierenden und doch rechtlich unwirksamen Rechtes enthält eine contradictio in adiecto und ist daher durchaus und überall zu verwerfen."

Dies wurde vor Inkrafttreten des BGB mit bezug auf die Einrede geschrieben, und die Ansicht Lenels könnte heute nur noch de lege ferenda zu werten sein, nachdem das BGB in den Naturalobligationen [2]) existierende und rechtlich doch unwirksame Rechte anerkannt hat. Darüber hinaus hat Lenel aber auch in keiner Weise darzutun versucht, dass der Anspruch durch die Geltendmachung der Einrede wirklich unwirksam werde.

Auf demselben scheinbaren Widerspruch baut Hölder [3]) seine Lehre auf:

> „Es können überhaupt nicht zwei Rechte wie zwei Tatsachen einander in der Weise gegenüberstehen, dass ein Recht die Wirkung des anderen ausschliesst oder beschränkt, ohne dessen Existenz oder Inhalt zu berühren. Die rechtliche Wirkung einer Tatsache gehört nicht zu ihrem eigenen Inhalte, die rechtliche Wirkung eines Rechtsverhältnisses gehört aber zu seinem eigenen Inhalte..... Würde durch die Existenz eines anderes Rechtes jede Wirkung seiner eigenen (des Rechtes) Existenz ausgeschlossen, so wäre diese selbst ausgeschlossen. Daher kann es keinen Anspruch geben, dessen Durchsetzbarkeit ausgeschlossen ist durch ein gegenüberstehendes Recht des Verpflichteten."

Hölder ist entgegenzuhalten, dass Anspruch und Einrede sich ja nicht erst mit der Ausübung des Einrederechtes, sondern bereits mit dessen Entstehung gegenübertreten. Zieht

---

1) a.a.O., S. 104.

2) §§ 762, 764 BGB (Spiel -und Wettschulden), § 1297 BGB (Verlöbnis), § 656 BGB (Ehemäklerlohn).

3) „Ueber Ansprüche und Einreden" in Jhering, Bd. 93, S. 75.

man also aus seiner Lehre die Konsequenz, so existierte rechtlich der Anspruch bereits dann nicht mehr, wenn ihm gegenüber ein Einrederecht besteht, ohne dass es ausgeübt worden ist. Diese Folge kann aber auch Hölder selbst nicht aus seiner Lehre ziehen wollen, da sie mit dem Gesetze in Widerspruch steht; denn der einredebehaftete Anspruch muss mangels Entkräftung durch Einrede zuerkannt werden; er muss also auch rechtlich bestehen.

Aber auch, wenn man Hölders Ansicht über die Einrede dahin versteht, dass die Einrede erst dann dem Anspruch gegenübertritt, wenn sie geltend gemacht worden ist, auch dann wäre zur Begründung der hierdurch erfolgten Anspruchsvernichtung noch zweierlei zu beweisen: zunächst, dass die **einmalige** Ausübung der Einrede wenigstens bei der peremptorischen Einrede die Durchsetzbarkeit des Anspruches endgültig ausschlösse und ferner, dass dieser Ausschluss der Durchsetzbarkeit seine Vernichtung bedeute.

Der Beweis, dass schon die einmalige Geltendmachung der Einrede die Durchsetzung des Anspruches ein für allemal ausschliesse, ist von Hölder weder versucht noch erbracht worden. Er unterstellt der Einrede einfach insoweit das Wesensmerkmal des Gestaltungsrechtes, die Herbeiführung einer bleibenden Rechtswirkung durch einmalige Ausübung. Der Nachweis, dass die Einrede ein Gestaltungsrecht sei, lässt sich aber nicht durch Unterstellung einzelner und gerade der hervorragendsten Merkmale des Gestaltungsrechtes führen.

b) Hölder könnte sich allerdings zur Begründung der von ihm vorausgesetzten bleibenden Wirksamkeit einmaliger Geltendmachung in etwa auf den Wortlaut des Gesetzes in den §§ 813, 886, 1169, 1254 BGB berufen,[1]) die von Einreden, „durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird" sprechen. Jedoch ist diese Ausdrucksweise des Gesetzes zo verfehlt und so der eigenen Ansicht des Gesetzgebers zuwiderlaufend, dass sie

1) So entnehmen denn auch Staffel, a.a.O., S. 4 und Wendt (Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92, S. 151) aus diesen Paragraphen die bleibende Unwirksamkeit des Anspruches nach einmaliger Geltendmachung der Einrede.

ungeeignet ist, die Grundlage irgendwelcher Ansicht zu bilden. Denn wörtlich genommen besagen diese Paragraphen, dass die Einrede vom Richter von amtswegen selbst ohne jede Geltendmachung durch den Berechtigten zu berücksichtigen ist — wenn nicht hier im Gegensatz zu dem sonstigen Sprachgebrauch des BGB [1]) unter „Einrede" das ausgeübte Verweigerungsrecht zu verstehen ist —, während die Motive [2]) gerade damit die Notwendigkeit der Existenz der Einrede begründen, dass sie erst durch Anrufung des Beklagten in Wirksamkeit gesetzt wird. Es müsste also zum wenigsten in den erwähnten Paragraphen heissen: „Einreden, durch deren Geltendmachung die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen ist," wie auch Friedenthal [3]) den Wortlaut umdeutet. Aber auch dann noch entspräche der Wortlaut nicht der Absicht des Gesetzgebers, denn da die Motive dem Anspruch die Klagbarkeit als Wesensmerkmal des subjektiven Rechtes beilegen, so würde der Anspruch, der durch die Geltendmachung der Einrede der Möglichkeit der klageweisen Verfolgung beraubt wäre, durch Vorschützen der Einrede vernichtet, während doch dieselben Motive [4]) sagen, dass er bestehen bleibt. [5]) Also vermögen diese Paragraphen noch nicht die stillschweigende Voraussetzung Hölders zu stützen, dass der einmaligen Geltendmachung der Einrede dauernde Wirkung zukomme.

Das lässt sich auch nicht aus dem Wortlaut des § 343 BGB, laut welchem eine Vertragsstrafe und des § 655 BGB, auf Grund dessen der Mäklerlohn herabgesetzt werden kann, mit Krückmann [6]) folgern. Das BGB ist hier in seiner Terminologie allerdings ungenau, der verwandte Ausdruck mangelt

1) Das ergibt sich aus § 202, der die Leistungsverweigerungsrechte der §§ 770, 2014, 2015 BGB als Einreden bezeichnet, ohne dass es bei diesen Einreden — wie sich aus dem Inhalt der Paragraphen ergibt — darauf ankommen kann, dass die Einreden geltend gemacht worden sind.

2) Bd. I, S. 360.

3) a.a.O., S. 43.

4) Bd. I, S. 359.

5) Dem Sinne des Gesetzes entsprechend müsste es heissen: „Einreden, welche der Geltendmachung des Anspruches dauernd entgegenstehen".

6) In Jhering, Bd. 57, S. 202.

einer speziellen Bedeutung und kann demnach überhaupt für keine Lehrmeinung angeführt werden, auch nicht für die Hölders.[1])

Gegen die Ansicht, dass schon der einmaligen Geltendmachung der Einrede eine bleibende Wirkung gegenüber dem Anspruch zukomme, wendet sich die überwiegende Lehrmeinung.[2]) insbesondere macht Zitelmann [3]) auf die bedenklichen Folgen dieser Annahme aufmerksam, indem er darauf hinweist, wie sich denn die Rechtslage gestalte, wenn nach erfolgter Berufung des Beklagten auf die Einrede der Kläger die Klage zurückziehe. Geht man hier mit Hölder, so wäre in diesem Falle der Richter in einem folgenden Prozess genötigt, die bereits geltend gemachte Einrede von Amtswegen zu berücksichtigen (so in der Tat Suppes). [4])

Weder das Gesetz noch praktische Erwägungen zwingen daher zu der Annahme bleibender Wirkung der einmaligen Geltendmachung der Einrede, die nur aus der Rechtsnatur der Einrede als eines Rechtsgestaltungsrechtes herzuleiten wäre.

Da nicht einmal bewiesen ist, dass die einmalige Geltendmachung der Einrede überhaupt bleibende Wirksamkeit hat, so braucht an dieser Stelle nicht darauf eingegangen zu werden, ob der von Hölder behauptete Ausschluss der Durchsetzbarkeit des Anspruches seiner Vernichtung gleichzustellen ist.

c) Von Hölder [5]) und von Hellwig [6]) wird ferner behauptet, dass sich die Vernichtung des Anspruches aus dem deklaratorischen Charakter des klageabweisenden Urteils ergebe, das die Feststellung treffe, dass der Anspruch durch die Einrede aufgehoben sei. Nach Ansicht von Hölder [7]) müsste im Urteil zur Rechtfertigung einer gegenteiligen An-

1) Derselben Ansicht Kipp, a.a.O., S. 132: „Kürzen heisst die Leistung teilweise verweigern".

2) Biermann, Bd. I, § 37, S. 110 ff; Landsberg, Bd. I, § 18, S. 85; Kipp, a.a.O., S. 131; Kroll, a.a.O. S. 274; Suppes, a.a.O., S. 42 und Seckel, a.a.O., S. 216.

3) Grundriss, S. 27 ff.

4) a.a.O., S. 38.

5) „Anspruch und Klagrecht" in ZZP, Bd. 29, S. 50 ff.

6) Lehrb., Bd. I, S. 249.

7) In Jhering. Bd. 93, S. 129.

sicht „die Konstatierung des Anspruches als eines durch die festgestellte Berechtigung zur Leistungsverweigerung gelähmten erfolgen."

Gehen wir auch mit Hölder und Hellwig in der Annahme des deklaratorisschen Charakters des Urteils einig, so steht ihrer Folgerung doch das Bedenken entgegen, dass aus Gründen des Prozessrechts der Tenor des Urteils kein vielfach verschiedener sein kann. Es mag privatrechtlich einen Sinn haben, zwischen einem erloschenen und einem einredebehafteten Anspruch zu unterscheiden, im Prozess werden alle diese Unterschiede bedeutungslos; das Urteil kann nur klagezusprechend oder klageabweisend lauten. Es wäre sinnlos gewesen, für die auf Grund von Einreden abgewiesenen Ansprüche eine besondere Kategorie von Urteilen zu schaffen.[1])

Aber auch wenn ein Urteil mit solchem Tenor wie Hölder ihn zur Feststellung des Bestehenbleibens des Anspruches erfordert, möglich wäre, auch dann rechtfertigte das schlechthin abweisende Urteil noch nicht den Schluss, den Hölder daraus zieht. Das Urteil weist die Klage, nicht den Anspruch ab.[2]) Diese bedeutet einen einzelnen Akt der Geltendmachung des Anspruches und nur über diesen befindet der Richter. Hölder ist der Ansicht, dass man bei Ablehnung seiner Meinung zu dem absurden Ergebnis gelange, eine wegen Verjährung des Anspruches abgewiesene Klage könne stets von neuem erhoben werden und ihr stände nicht die Einwendung der Rechtskraft, sondern nur die stets von neuem geltend zu machende Einrede der Verjährung entgegen. Ohne uns mit Hölder in Erörterung über das Wesen der Rechtskraft einzulassen, sei ihm entgegengehalten, dass man bei Annahme seiner Ansicht zu dem noch absurderen Ergebnis gelangte, dass auch der mit dilatorischer Einrede behaftete Anspruch vernichtet sei, da auch ihn das klageabweisende Urteil als aufgehoben konstatiert.

d) Die Lehre Hellwigs gipfelt darin — und hier zeigt sich der eigentliche Zweck der Lehre — dass „man in das Gesetz

1) Darauf verweisen mit Recht Kipp, a.a.O., S. 133 und Suppes, a.a.O., S. 38.

2) So Friedenthal, a.a.O., S. 68; A. A. Hölder in Jhering, Bd. 93, S. 69.

die grössten Spitzfindigkeiten hineinträgt und zu ganz unhaltbaren Resultaten gelangt", wenn man zwischen dem aufgehobenen und dem auf Grund einer Einrede rechtmässig verweigerten Anspruch scheidet.[1]) Worin diese unhaltbaren Resultate bestehen sollen, hat Hellwig nicht dargelegt. Wenn er weiterhin behauptet, dass eine solche „Schattenexistenz" eines Anspruches praktisch wertlos und theoretisch nur geeignet sei, ganz unnötige und ganz unlösbare Schwierigkeiten zu bereiten, so wird er selbst bei Unterstellung der Richtigkeit seiner Behauptung, dass durch die einmalige Geltendmachung bereits die Durchsetzung des Anspruches ausgeschlossen sei, eine gewisse Bedeutung des verweigerten Anspruches nicht ausräumen können: so diejenige, dass die Erfüllung des rechtmässig verweigerten Anspruches in Kenntnis der Sachlage das Bestehen des Anspruches als causa hat und nicht unter die Regeln der Schenkung fällt.[2])

e) Die Lehre, dass die Einrede den Anspruch vernichte, haben Hölder und Hellwig auch aus dem Gesetze und dem Willen des Gesetzgebers zu begründen versucht.

Es wird von ihnen behauptet, dass die Vernichtung des Anspruches durch die Einrede der von dem Gesetzgeber in den Motiven geäusserten Ansicht entspreche. Sie stützen sich hierbei auf eine Stelle der Motive,[3]) an der es heisst:

„Die mit einer peremptorische Einrede behaftete Forderung ist, wenn der Schuldner die Einrede dem Gläubiger gegenüber geltend macht, so anzusehen, als ob sie rechtlich nie bestanden hätte."

Dieser Satz bezieht sich, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, nur auf den § 813 BGB und man darf aus ihm keinesfalls folgern, dass der verweigerte Anspruch überhaupt nicht existiere denn einmal wird ja hiermit nicht behauptet, dass der Anspruch nicht b e s t e h t e, sondern dass er so zu behandeln sei, a l s o b e r rechtlich n i e b e s t a n d e n h ä t t e. Er enthält somit, wie sich aus dem gewählten Irrealis klar ergibt,

---

1) „Anspruch und Klagerecht", S. 9 ff.

2) Das erkennt zum Teil sogar die Vernichtung des mit peremptorischer Einrede behafteten Anspruches behauptende Lehre an. Vgl. Geier, a.a.O., S. 32.

3) Bd. II, S. 832.

lediglich eine Fiktion zur Erklärung des § 813 BGB. Wenn man also diese Stelle der Motive schon zur Begründung einer für die Einrede im allgemeinen geltenden Ansicht heranzieht, so muss man aus ihr den gegenteiligen Schluss auf die Ansicht des Gesetzgebers ziehen wie Hellwig, denn gerade sie lässt deutlich erkennen, dass der Gesetzgeber den verweigerten Anspruch als bestehend ansieht.

f) Bedeutungsvoller und zwingender als allgemeine Erwägungen und die in den Motiven geäusserte Ansicht des Gesetzgebers wären allerdings der Ausdruck und der Inhalt gesetzlicher Normen, durch welche Hellwig und seine Anhänger die anspruchvernichtende Wirkung der Einrede zu erhärten suchen. Sie berufen sich dabei auf die §§ 886, 1169, 1254 und 813 BGB.

Dass die in diesen Bestimmungen enthaltene Definition der peremptorischen Einrede als einer solchen „durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen ist" nicht den Beweis bleibender Wirksamkeit der einmaligen Einredeausübung und noch weniger der hierdurch erfolgten Vernichtung des Anspruches zu erbringen vermag, ist bereits dargelegt worden.

Hellwig und seine Anhänger unternehmen es aber weiterhin, aus dem Inhalte dieser Bestimmungen nachzuweisen, dass das Gesetz den einredebehafteten Anspruch hier dem nichtbestehenden gleichsetze und ihn als vernichtet behandele.

Diese Paragraphen gewähren dem Einredeberechtigten Ansprüche, welche die dingliche Rechtslage der durch die Einredezuständigkeit veränderten obligatorischen anzupassen bezwecken. Sie sind auf Aufhebung der für den einredebehafteten Anspruch bestehenden dinglichen Sicherungen bezw. auf Rückforderung des zu seiner Erfüllung Geleisteten gerichtet, weil der Schuldner nicht zu dulden braucht, dass der einredebehaftete Anspruch in einer Weise gesichert oder erfüllt werde, die weder seiner wirtschaftlichen noch seiner rechtlichen Stärke entspricht. Da der einredebehaftete Anspruch wirtschaftlich näher dem nichtbestehenden als dem vollstarken Anspruch steht, so ist allerdings der Inhalt der

dem Schuldner zustehenden Ansprüche ein ähnlicher als wenn der Anspruch des Gläubigers überhaupt nicht bestände.

1. § 886 BGB besagt, dass derjenige, dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen kann, wenn der durch Vormerkung gesicherte Anspruch mit einer peremptorischen Einrede behaftet ist. Tatsächlich also hat in diesem Falle der einredeberechtigte Schuldner dieselben Rechte, wie wenn der gegen ihn gerichtete Anspruch nicht bestände. Würde aber der einredebehaftete Anspruch vom Gesetz als nicht bestehend behandelt, s o e r ü b r i g t e s i c h § 886 BGB, da aus § 883 BGB zu entnehmen ist, dass Vormerkungen nur für bestehende Ansprüche Existenzberechtigung haben, also nicht für erloschene, sodass sich hieraus schon den Anspruch des Betroffenen auf Löschung der Vormerkung ergäbe.

2. Laut § 1169 BGB kann der Eigentümer eines Grundstückes, dem eine peremptorische Einrede gegen den hypothekarisch gesicherten Anspruch zusteht, von dem Hypothekengläubiger verlangen, dass er auf die Hypothek verzichtet. Damit wird die Hypothek gemäss § 1168 BGB von dem Eigentümer erworben. Somit treten dieselben Rechtsfolgen ein, die nach § 1163 BGB das Erlöschen des hypothekarisch gesicherten Anspruches hat. Wäre also der einredebehaftete Anspruch tatsächlich erloschen, wie Hellwig annimmt, so bliebe es ganz unverständlich, warum § 1169 BGB noch einmal ausdrücklich betont, dass der Eigentümer vom Gläubiger Verzicht auf die Hypothek verlangen kann. Dies lässt sich mit Hellwigs Theorie um so weniger vereinbaren, als hier der Einredeberechtigte zweifellos weniger erhält, als ihm das Gesetz nach Hellwigs Ansicht gewähren müsste. Nach dieser Ansicht müsste durch einmalige Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes die Hypothekenforderung erlöschen und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Begründung der Einrede. Von diesem Zeitpunkte an müsste gemäss § 1163 BGB die Hypothek als dem Eigentümer zustehend betrachtet werden. Dem ist aber nicht so, sondern der Einredeberechtigte hat nur einen A n s p r u c h auf Verzicht, und die Hypothek geht erst in dem Augenblicke der

Erfüllung des Anspruches, des Verzichtes durch den Gläubiger, auf den Eigentümer über.

3. Auf Grund des § 1254 BGB können Verpfänder und Eigentümer die Rückgabe des Pfandes verlangen, wenn dem durch Pfand gesicherten Anspruch eine peremptorische Einrede entgegensteht. Gemäss § 1252 BGB erlischt das Pfandrecht mit der Forderung, d.h. dem Anspruch, für den es besteht. Nach dem Erlöschen ist der Pfandgläubiger laut § 1223 BGB verpflichtet, das Pfand zurückzugeben. Wäre also der Anspruch schon durch die Geltendmachung der Einrede erloschen, so brauchte der Rückgabeanspruch des Verpfänders und des Eigentümers durch § 1254 BGB nicht noch einmal ausdrücklich betont zu werden.

4. Ebenso überflüssig wäre die Vorschrift des § 813 BGB. Wäre Hellwigs Ansicht zutreffend und der Anspruch durch die Leistungsverweigerung vernichtet, so wäre die Erfüllung dieses Anspruchs eine Leistung, deren rechtlicher Grund fortgefallen ist und die daher schon auf Grund des § 812 Satz 2 zurückgefordert werden könnte, so dass sich auch § 813 BGB erübrigte.

Auch wenn man mit Hellwig annimmt und voraussetzt, dass in der Erhebung dieser Ansprüche die Geltendmachung der ihnen zu Grunde liegenden Einreden enthalten sei — welcher Ansicht schon oben (§ 2) entgegengetreten wurde — so zwingen gerade diese Vorschriften zu der Annahme, dass der verweigerte Anspruch noch besteht, da nicht anzunehmen ist, dass das Gesetz sich ohne Grund wiederholt.[1])

III. Waren die von Hellwig angeführten Paragraphen schon nicht geeignet, die Annahme rechtsvernichtender Kraft der Einrede zu stützen, so steht eine solche direkt in Widerspruch zu dem Entstehungsgrunde oder der Wirkung einzelner Einreden.

a) Sie ist unvereinbar mit dem Zweck und Inhalt derjenigen Einreden, die an die Stelle v e r j ä h r t e r Ansprüche treten.

---

1) Siber „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis", S. 143 ff; Langheineken und Kipp, a.a.O., S. 133, entnehmen denn auch gerade aus diesen Paragraphen, dass der verweigerte Anspruch fortbesteht.

1. So der der §§ 821 und 853 BGB, welche denjenigen, der ohne rechtlichen Grund oder auf Grund einer unerlaubten Handlung eine Verpflichtung eingegangen ist, berechtigen, die Erfüllung auch dann zu verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist. Vernichteten diese Einreden den Anspruch, so gewährten sie dem Schuldner mehr als der in den §§ 812 ff gegebene Kondiktionsanspruch bezw. der Schadensersatzanspruch aus den §§ 823 ff. Denn diese Ansprüche wirken obligatorisch und ihre Befriedigung setzt eine Mitwirkung des Verpflichteten voraus. Vernichtete die Einrede den Anspruch, so wäre der Einredeberechtigte zur dinglichen Aenderung der Rechtslage durch einseitige Erklärung befugt; anstelle des obligatorisch wirkenden Anspruches träte also nach dessen Verjährung eine dinglich wirkende Einrede. Die somit durch die Verjährung bewirkte Verstärkung des verjährten Rechtes wäre aber unerklärlich und widerspräche den Grundgedanken des Gesetzes.

2. Auch aus § 478 BGB ist zu entnehmen, dass der Anspruch nicht durch Einrede vernichtet wird. Gemäss § 478 BGB kann der Käufer auch nach Vollendung der Verjährung des Anspruches auf Wandelung oder Minderung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde, sofern er den Mangel vor Ablauf der Verjährung angezeigt hat. Wandelungs- und Minderungsrecht sind keine Gestaltungsrechte, sondern Ansprüche des Käufers.[1]) Die Durchführung der Rechte verlangt gemäss § 465 BGB eine Mitwirkung des Verkäufers. Würde durch die Einrede des § 478 der Anspruch des Verkäufers ganz oder teilweise vernichtet, so führte seine Verjährung dazu, dem Käufer anstatt des obligatorisch wirkenden Anspruches ein dinglich wirkendes Gestaltungsrecht zu geben, da er durch einseitige Willenserklärung die Rechte des Verkäufers ganz oder teilweise aufheben könnte. Eine solche Verstärkung des verjährten Anspruches steht aber in Widerspruch zu Sinn und Zweck der Verjährung.

---

1) Vgl. Staudinger-Kober, § 462, III, c; Warneyer, § 194, I; Planck-Knoke, § 462; Haidlen, § 465.

b) 1. Gegen eine anspruchsvernichtende Kraft der Einrede sprechen auch die Haftungseinreden des Erben (§§ 1973, 1990, 1992, 2318 Abs. 3 BGB). Diese Einreden betreffen ihrem Wesen nach nicht den Bestand des Anspruches, sondern lediglich die Haftung des Schuldners, die insoweit ausgeschlossen werden kann, als sie das eigene Vermögen des Erben erfasst. Dass es sich hier weder um eine ganze noch um eine teilweise Vernichtung des Anspruches handelt, ergibt sich daraus, dass sich die Haftung der Höhe nach und damit der Teil der Durchsetzbarkeit des Anspruches je nach dem Stande des Nachlasses verändern kann, sodass ein vernichteter Teil des Anspruches durch die Tatsache der Vermehrung des Nachlasses wieder existent werden könnte. Hölder[1]) behauptet, um auch diese Einreden seinem System einzuordnen, dass die „Anfechtbarkeit" des einredebehafteten Anspruches auch darin bestehen könne, dass zwar nicht seine Durchsetzbarkeit, sondern nur der Grad seiner Durchsetzbarkeit anfechtbar sei. Das BGB kenne zwar keine undurchsetzbaren Ansprüche, aber es kenne — da die Haftung des Beklagten unbeschränkt oder beschränkt sein könne — Verschiedenheiten der Durchsetzbarkeit. Diese Begründung ist aber nicht stichhaltig. Die Anfechbarkeit müsste sich aus dem materiellen Recht ergeben, die Einschränkung der Durchsetzbarkeit tritt aber erst in der Zwangsvollstreckung (§§ 781, 784 ZPO) in Erscheinung. Die Anfechtung müsste auch einen endgültigen Rechtszustand schaffen da die Rechtsänderung bleibend ist. Ein solcher wird aber durch die Geltendmachung dieser Einreden nie geschaffen, da der Grad der Durchsetzbarkeit des Anspruches je nach dem Stande des Nachlasses, der sich vermehren oder vermindern kann, veränderlich ist. Dass in der Haftungseinrede eine Anfechtung des Grades der Durchsetzbarkeit eines Anspruches liegen soll, erscheint daher als eine juristische Konstruktion, deren Zweck wohl, deren Grund aber nicht einzusehen ist.

2. Ganz und gar nicht lassen sich die Einreden, die nicht zur Klageabweisung, sondern zu einer Verurteilung auf Leistung Zug um Zug führen, mit der

1) „Anspruch und Klagrecht", a.a.O., S. 78.

Annahme anspruchsvernichtender Kraft der Einrede vereinbaren. Wenn das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass trotz berechtigter Geltendmachung dieser Einreden der Schuldner zur Leistung zu verurteilen ist, so lässt sich schwerlich behaupten, dass auch diese Einreden den Anspruch vernichten. Auch Hölder hat wohl diesen Widerspruch erkannt, aber er hat ihm nicht seine Lehre geopfert, sondern er behauptet,[1]) dass diese Leistungsverweigerungsrechte überhaupt keine Einreden seien. Diese Behauptung wird jedoch durch das BGB widerlegt, das in § 202 gerade diese Leistungsverweigerungsrechte ausdrücklich als „Einreden" bezeichnet. Ausser dass sich diese Einreden allerdings nicht mit der Annahme einer anspruchsvernichtenden Kraft der Einrede vertragen, liegt daher kein Grund vor, sie nicht als Einreden gelten zu lassen, sie sind vielmehr ein weiterer Beweis dafür, dass der Anspruch durch die Einrede nicht vernichtet wird.

c) Gegen die Annahme einer Anspruchsvernichtung spricht auch die Legaldefinition der Einrede: Warum sollte das BGB die Einrede nicht einfach als „das Recht, den Anspruch zu vernichten" bezeichnen, wenn dies ihre Wirkung wäre? Wie einfach hätten sich alle theoretischen Streitfragen beseitigen lassen und eindeutiger hätte das Gesetz die Wirkung der Einrede wahrlich nicht bestimmen können! Aus der umständlicheren anderslautenden Definition muss entnommen werden, dass die Vernichtung des Anspruches einmal sicher nicht die Wirkung der Einrede sein soll, wenn ihre Eigenartigkeit überhaupt Sinn und Bedeutung haben soll.

d) Auch der Umstand, dass bei Annahme der Anspruchsvernichtung der auch nur gelegentlich verweigerte Anspruch nicht durch Aufgabe des Einrederechtes oder durch Verzicht auf die Wirkung seiner Geltendmachung wieder aufleben könnte, sondern stets und eventuell in der zu seiner Entstehung notwendigen Form (z.B. §§ 313 ff BGB) neubegründet werden müsste, spricht gegen die Ansicht Hölders und

1) In ZZP., Bd. 29, S. 75.

Hellwigs. Denn nach den Motiven [1]) besteht gerade darin, dass auch der verweigerte Anspruch seine volle Kraft wieder erlangen kann, ohne dass es einer Wiederbelebung der Begründungstatsachen bedarf, der Unterschied der Einrede von anderen Rechten. Diese Möglichkeit ist aber nur dann gegeben, wenn der verweigerte Anspruch bestehen bleibt; ein vernichteter Anspruch wäre ein Nichts, und es wäre nicht einzusehen, warum er nicht ebenso wie der durch Anfechtung vernichtete wie ein neuer Anspruch begründet werden müsste. Aus allen diesen Gründen hat sich daher auch mit Recht die herrschende Lehre gegen die Annahme rechtsvernichtender Wirkung der Einrede gewandt.[2])

IV. Bleibt der Anspruch aber trotz Geltendmachung der Einrede bestehen, so ist kein Grund abzusehen, warum dieser Anspruch durch die Geltendmachung der Einrede dauernd unwirksam gemacht und so in seinem Inhalte verändert werden sollte, wie Enneccerus[3]) annimmt. Der Anspruch ist stets das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dafür, dass diesem Recht durch die Einrede die Klagbarkeit oder die Durchsetzbarkeit genommen werde, ist mangels einer darauf hinweisenden gesetzlichen Bestimmung kein Grund einzusehen. War der Anspruch vorher ein durchsetzbarer, so bleibt er es auch nach der Geltendmachung der Einrede, zumal nicht einmal er-

---

1) Bd. I, S. 360.

2) Motive, Bd. I, S. 359; Enneccerus-Lehmann, Bd. I, § 128; Zitelmann, Grundriss, S. 27 ff; Warneyer, § 194, II; Endemann, Bd. I, § 88, S. 517 f; Matthiass, Bd. I, § 70, S. 281; Cosack, § 21, a; Hellmann, a.a.O., S. 201 f; Biermann, Bd. I, § 37, S. 110 f; Meissner, Buch I, S. 181; Eck, a.a.O., S. 210; Leonhard, § 62, S. 222; Kohler, a.a.O., S. 190 ff; Enneccerus, Allg. Teil, § 207, S. 587; Windscheid, § 112; Windscheid-Kipp, Bd. I, § 47; Planck-Siber, Vorbem. VIII, S. 53; Staudinger-Riezler, § 194, 8; Soergel, § 222; Crome, Bd. I, § 36, S. 183; Langheineken, a.a.O., S. 343; Seckel, a.a.O., S. 216; Suppes, a.a.O., S. 38; Kipp, a.a.O., S. 131; Brütt, a.a.O., S. 70; Staffel, a.a.O., S. 3; Wendt, a.a.O., S. 151; Küntzel, a.a.O., S. 434; Graeffner, a.a.O., S. 18; Hirsch, a.a.O., S. 299; Friedenthal, a.a.O., S. 66 und Neuner, a.a.O., S. 35.

3) § 66, Anm. 15, derselben Ansicht Wendt, a.a.O., S. 151, und Staffel, a.a.O., S. 104.

wiesen ist, dass die Geltendmachung der Einrede als solche überhaupt bleibende Wirksamkeit hat.

V. a) Lässt aber die Geltendmachung der Einrede hinsichtlich der Existenz und der Wirksamkeit des Anspruches alles beim alten,[1]) so ist ihre Wirkung darauf beschränkt, den einzelnen Akt der Geltendmachung des Anspruches zu entkräften. Mit ihr tritt die resolutive Bedingung ein, die den Erfolg der jeweiligen Geltendmachung des Anspruches, nicht aber den Anspruch selbst aufhebt.

Der Anspruch selbst kann jederzeit wieder erhoben werden mit der Massgabe, dass auch jede weitere Geltendmachung durch Einrede entkräftbar ist.

b) Die Ausübung des Einrederechtes bringt also auch dieses selbst nicht zum Erlöschen.[2]) Es bleibt bestehen und kann gegenüber jeder erneuten Geltendmachung des Anspruches mit demselben Erfolge ausgeübt werden.

VI. a) Die eigentliche Grundlage der Lehrmeinung, die in der Einrede ein Gestaltungsrecht sieht, liegt wohl in der Aehnlichkeit der Einrede mit dem Anfechtungsrecht. Die Feststellung der Identität der Einrede mit dem Gestaltungsrecht ist einem Teil dieser Lehrmeinung der Ausgangspunkt, einem anderen Ziel der Betrachtung. Der Beweis, dass die Einrede ein Gestaltungsrecht sei, wird insbesondere von Hölder und Bucerius auf dem Wege versucht, dass sie die Gleichheit der Einrede mit dem Gestaltungsrecht der Anfechtung nachzuweisen bestrebt sind. Diese Beweisführung ist auch insofern naheliegend, als man ja gerade von dem Anfechtungsrecht die meisten Merkmale auf die Einrede übertragen könnte und will.[3]) So erkennt Hellwig [4]) den Unterschied zwischen Einrede und Anfechtung

1) So Seckel, a.a.O., S. 216; Kipp, a.a.O., S. 131 und Suppes, a.a.O., S. 38.

2) Vgl. Zitelmann, Grundriss, S. 27 ff; Biermann, Bd. I, § 37, Landsberg, Bd. I, § 18; Graeffner, a.a.O., S. 38.

3) So insbesondere die rechtsvernichtende Kraft ihrer Ausübung (§ 142 BGB) und die Möglichkeit der aussergerichtichen Geltendmachung (§ 143 BGB).

4) Lehrb., Bd. I, S. 253.

nur noch darin, dass sich die Anfechtung gegen jegliche Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes richten könne, die Einrede nur gegen einen bestimmten Anspruch; ferner darin, dass der Gebrauch der Einrede nur gegenüber der Geltendmachung des Anspruches möglich ist, während die Anfechtung jederzeit geschehen kann und daher gesetzlich befristet, aber nicht zeitlich beschränkt ist; der dritte Unterscheidungspunkt, den Hellwig zwischen beiden Rechten findet, nämlich dass die Anfechtung alle Rechtsfolgen vom Zeitpunkt der Entstehung des angefochtenen Rechtsgeschäftes an vernichtet, während die Einrede nur bis auf den Zeitpunkt ihrer eigenen Entstehung zurückwirke, ist in Wirklichkeit gar kein Unterschied, sondern ein tertium comperationis zwischen den beiden Rechtsinstituten. Denn — was Hellwig übersieht — die Entstehung der Anfechtbarkeit und die Entstehung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes fallen zeitlich zusammen, während die Einrede immer erst in das Schuldverhältnis hineinwächst.[1]) Beide wirken also, wenn sie geltend gemacht werden, gewissermassen von ihrer Entstehung an, wenngleich es sich bei der Einrede nicht wie bei der Anfechtung um eine Rückwirkung im eigentlichen Sinne handelt.

Ist also bei Hellwig im Grunde genommen schon kein weiterer Unterschied zwischen Anfechtung und Einrede zu finden als der grössere Wirkungsbereich der Anfechtung, so behauptet Hölder,[2]) dass das Einrederecht nichts weiter als ein Anfechtungsrecht sei. Gar noch weiter geht Bucerius,[3]) der von der Anfechtung behauptet ‚dass sie ein Einrederecht sei.[4])

In der Tat liegt eine gewisse Aehnlichkeit beider Rechte darin, dass beide Gegenrechte sind, deren Inhalt in der Beeinträchtigung der Wirksamkeit gegen den Berechtigten gerichteter Rechte besteht. Auch darin sind die Rechte gleich, dass beide als Rechte des rechtlichen Könnens durch einseitige Willenserklärung betätigt werden.

---

1) Vgl. oben § 2, VIa. S. 30 f.
2) In „Das Recht" 1900, S. 163 u. Lehrb., Vorb. VII, vor § 194.
3) a.a.O., S. 126.
4) Was diese Behauptung bezwecken soll, ist unklar. Wollte Bucerius etwa die bei der Einrede bestehenden Unklarheiten auf die Anfechtung übertragen?

Wenn somit auch zugegeben sei, dass die Anfechtung von den Gestaltungsrechten der Einrede am nächsten steht, so bestehen doch grundsätzliche Unterschiede, die nicht nur in der auch von Hellwig eingeräumten weitergehenden Wirkung der Anfechtung liegen, dass sie über den Anspruch hinaus jegliche Folge eines Rechtsgeschäftes zu zerstören geeignet ist.

b) Dass das Gesetz die beiden Rechtsinstitute verschieden behandelt, ist unschwer zu erkennen.

Gemäss § 124 kann die Anfechtung einer nach § 123 (also wegen Drohung oder arglistiger Täuschung) anfechtbaren Willenserklärung nur binnen Jahresfrist erfolgen. Da aber der Tatbestand der Anfechtung aus § 123 BGB regelmässig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung darstellt, so kann gemäss § 853 BGB die Erfüllung einer durch das anfechtbare Rechtsgeschäft erlangten Forderung auch dann verweigert werden, wenn die Ausschlussfrist des § 124 BGB verstrichen ist.

Ebenso steht demjenigen, welcher die durch § 2082 BGB bestimmte Jahresfrist zur Anfechtung einer ihn belastenden letztwilligen Verfügung hat verstreichen lassen, gemäss § 2083 auch nach Ausschluss der Anfechtung eine Einrede zu. Wäre nun die Einrede gleich der Anfechtung, so war es überflüssig, die Anfechtung zu befristen und dauernd eine Einrede zu gewähren.[1]) Der Gesetzgeber hätte dann doch entweder ein unvergängliches Einrede- oder ein ständig bestehendes Anfechtungsrecht gewähren können, und die Scheidung entbehrte jeder rechtlichen und praktischen Bedeutung. Im Falle des § 2083 BGB bliebe es ausserdem unverständlich, warum das Gesetz die Anfechtung ausschliesslich an die Adresse des Nachlassgerichtes verwiesen hat (§ 2081 BGB), wenn es von der Ansicht ausging, dass die einem Auflageberechtigten gegenüber erklärte Leistungsverweigerung in der Wirkung der Anfechtung gleich stehen solle.

c) Worin besteht aber im einzelnen der Unterschied zwischen Einrede und Anfechtungsrecht?

---

1) Hölder (Lehrb., S. 408) behauptet tatsächlich, dass die Anfechtung nach § 123 gemäss § 853 BGB zeitlich unbegrenzt sei.

1. Verschieden sind beide Rechte schon im Zeitpunkte der Entstehung. Die Anfechtbarkeit wird zugleich mit dem Rechtsverhältnis begründet, gegen dessen Bestand sie sich richtet. Sie beruht auf einem schon bei der Begründung des Rechtsgeschäftes vorhandenen Mangel [1]) und bezweckt seine Aufhebung mit der Wirkung, dass es seit Bestehen des Mangels, also von seiner Begründung an rückwirkend als nichtig anzusehen ist (§ 142).

Dagegen wächst die Einrede immer erst in ein bestehendes Schuldverhältnis hinein.[2]) Sie beruht nicht auf einem Mangel seiner Entstehung, sondern auf einem Mangel seiner Abwicklung.

2. Der verschiedene Zeitpunkt der Entstehung der Rechte bedingt auch einen verschiedenen Zeitpunkt ihrer rechtsändernden Wirksamkeit.

Durch das Entstehen des Anfechtungsrechtes treten keinerlei Rechtsänderungen ein. Eine Veränderung der betroffenen Rechte durch den blossen Bestand des Anfechtungsrechtes ist ja auch schon deshalb unmöglich, weil die anfechtbaren Rechte bereits anfechtbar begründet werden, also nie unanfechtbar bestanden haben. Der Anfechtbarkeit als solcher ist daher auch im Gesetz keinerlei rechtliche Wirkung beigelegt. Wenn § 142, Abs. 2 BGB bestimmt, dass derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen müsste, behandelt wird, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gekannt hätte, oder hätte kennen müssen, so handelt es sich hier um Wirkungen, die erst nach der Anfechtung des Rechtsgeschäftes eintreten. Der Anspruch, der durch Anfechtung vernichtet werden kann, ist bis zur Anfechtung ein vollstarker; er kann daher auch uneingeschränkt zur Aufrechnung benutzt werden, und dem Anfechtungsberechtigten erwachsen keinerlei Ansprüche auf Beseitigung einer Vormerkung, Verzicht auf eine Hypothek oder Aufhebung eines

---

1) Dieser Mangel kann ein Mangel des Willens (§§ 119, 120, 123, §§ 1332, 1335, soweit die Anfechtbarkeit nach diesen Bestimmungen wegen Drohung begründet ist) der Vorstellung (§§ 119 Abs. 2, 123, 1333, 1334, 1350, 2078) der Rechtmässigkeit (§§ 1593, 2340) oder der rechtlichen Wirksamkeit gegenüber Dritten (§§ 2079 BGB) sein.

2) Vgl. oben § 2 VI a, S. 30 f.

Pfandrechtes. Jegliche Wirksamkeit des Anfechtungsrechtes beginnt erst mit seiner Ausübung.

Demgegenüber bewirkt der Eintritt der Einrede in das Schuldverhältnis eine Veränderung der Rechtsbeziehungen und insbesondere desjenigen Rechtes, gegen das sie sich richtet, des Anspruches, der aus einem vollstarken zu einem hemmbaren wird.[1]) Während also die Einrede bereits durch ihre Entstehung Rechte und Rechtsbeziehungen verändert, ist bei dem Anfechtungsrechte eine rechtsändernde Wirksamkeit vor der Ausübung nicht festzustellen.

3. Wie auch Hellwig hervorhebt, sind Anfechtungs- und Einrederecht ebenfalls in der Dauer ihres Bestandes und der Möglichkeit ihrer Ausübung verschieden.

Das Anfechtungsrecht ist immer zeitlich begrenzt und kann nur innerhalb einer Ausschlussfrist ausgeübt werden. Im Gegensatz zum Anspruch verjährt es nicht, d.h. es bleibt nicht einredebehaftet bestehen, sondern nach Ablauf der Ausschlussfrist ist es erloschen.

Dafür ist es aber, solange es besteht, zeitlich unbeschränkt und kann von dem Berechtigten jederzeit beliebig ausgeübt werden.

Demgegenüber ist die Einrede nie befristet.[2]) Ihr Fortfall kann sich aus ihrem Inhalt ergeben; aber auch dann ist nie der Ablauf einer Frist dafür massgebend, sondern stets eine Tatsache, die auch in der Entstehung oder dem Untergange eines Rechtes liegen kann (so namentlich bei den unselbständigen Einreden).

Ihrer unbefristeten Dauer steht aber eine zeitliche Beschränkung gegenüber. Denn die Einrede kann nicht und in keinem Falle selbständig ausgeübt werden, ihr Gebrauch ist vielmehr stets abhängig von der Geltendmachung des einredebehafteten Anspruches.

4. aa. Der Unterschied zwischen Einrede und Anfechtungsrecht zeigt sich weiterhin in ihrer Wirkung auf die betroffenen Rechte. Vernichtet die Anfechtung das ganze von ihr betroffene Rechtsverhältnis samt allen sich als ihm er-

1) Vgl. oben § 2, VI b), S. 31.
2) S. Windscheid-Kipp, § 47, S. 579.

gebenden Rechten, so lässt die Einrede das von ihr betroffene Recht selbst in seiner Existenz und Ausübbarkeit unberührt.

bb. Entsprechend seiner stärkeren Wirkung auf die betroffenen Rechte wird auch das Anfechtungsrecht selbst durch seine Ausübung stärker berührt. Als echtes Gestaltungsrecht geht es mit seiner Ausübung unter, denn nach Vernichtung des von ihm betroffenen Rechtsgeschäftes hat es seine eigene Existenzberechtigung verloren, während das Einrederecht gegenüber einem bleibenden Anspruch auch nach der Ausübung fortbesteht.

Die Verschiedenheit zwischen Anfechtungs- und Einrederecht ist mithin eine so grundlegende, dass sich eine Gleichsetzung der beiden Rechte nicht rechtfertigen lässt.[1]) Auf dem Grundsatze: „sind zwei Grössen einer dritten gleich, so sind sie auch untereinander gleich", lässt sich also unter Benutzung des Anfechtungsrechtes der Beweis dafür, dass die Einrede ein Gestaltungsrecht sei, nicht erbringen.

VII. a) Es bleibt zu prüfen, ob die festgestellte Wirkung der Einrede ihre Zurechnung zu den Gestaltungsrechten rechtfertigt, d.h., ob sie neben der bereits anerkannten Gleichheit in der Form der Betätigung und dem Rechtskreis ihrer Wirkung auch das wesentlichste Merkmal des Gestaltungsrechtes aufweist, die rechtsändernde Wirkung seiner Ausübung.

1. Durch die Geltendmachung der Einrede wird der einzelne Akt der Geltendmachung des Anspruches entkräftet. Das bedeutet aber nicht eine Veränderung des Anspruches in seiner Substanz. Denn der einzelne Akt der Geltendmachung ist nicht Inhalt, sondern Konsequenz des Anspruches. Zur Substanz eines Rechtes gehören nur diejenigen

1) Gegen die Verquickung der beiden Rechte wendet sich denn auch, gestützt auf die Motive, Bd. I, S. 360, die überwiegende Lehrmeinung, so Endemann, Bd. I, § 88, 3 a; Oertmann, Vorb. 194 b; Windscheid-Kipp, § 47; Matthiass, Bd. I, § 70, S. 281; Leonhard, Allg. Teil, S. 224; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 194, 8; von Tuhr, § 17 III; Langheineken, a.a.O., S. 43; Hellmann, a.a.O., S. 201; Seckel, a.a.O., S. 212 ff; Neuner, a.a.O., S. 35; Suppes, a.a.O., S. 42; Mitteis in Jher. Bd. 28, S. 139.

Befugnisse und Rechtspflichten, die das Recht als solches kennzeichnen und die nicht fortfallen oder sich verändern können, ohne das Recht zu vernichten oder in seinem Inhalte zu verändern, nicht aber diejenigen, die ohne zum Wesen des Rechtes zu gehören, ihm nur zufällig und im Einzelfalle zukommen; diese sind nur Konsequenzen des Rechts.[1]) Zum Inhalte des Anspruches gehört aber nicht der einzelne Akt, sondern nur die generelle Möglichkeit der Geltendmachung.[2]) Wird nur dieser entkräftet, so wird der Anspruch nicht in seinem Inhalt, sondern lediglich in seiner Auswirkung betroffen. Aendert sich aber kein Recht in seinem Bestande, so können sich auch nicht die Rechtsbeziehungen ändern.

Dass keine Rechte und Rechtsbeziehungen durch die Ausübung der Einrede geändert werden, zeigt sich darin, dass die Rechtslage vor und nach der Ausübung des Einrederechtes die gleiche bleibt. Bereits durch die Einredezuständigkeit wird der Anspruch geschwächt; auch nach Geltendmachung besteht er als einredebehafteter und geschwächter fort.

In der Erkenntnis der Gleichheit des Rechtszustandes vor und nach Ausübung der Einrede darf nicht beirren, dass der Richter eine vorher zuzusprechende Klage abzuweisen hat, wenn ihr eine Einrede entgegengehalten wird: Die Klage ist ein einzelner Akt der Geltendmachung des Anspruches.[3]) Wird ihr eine begründete Einrede entgegengehalten, so wird gerade der Akt der Geltendmachung des Anspruches entkräftet, über den der Richter zu entscheiden hat. Dass aber auch die die Klage entkräftende Geltendmachung die Rechtslage nicht ändert, zeigt sich dann, wenn die Klage nicht zum Urteil führt, vielmehr nach Geltendmachung der Einrede zu-

1) So gehören beispielsweise der Besitz und die Veräusserungsbefugnis zur Substanz des Eigentumsrechtes, der einzelne Gebrauch der eigenen Sache ist aber nicht Inhalt, sondern Konsequenz des Eigentumsrechtes, das auch ohne ihn in gleicher Weise bestehen kann. Die Unterscheidung zwischen dem Rechte selbst und seiner Konsequenz wird auch in der Lehre durchgeführt, vgl. Enneccerus, Bd. I, § 66, 3 a ee.

2) Denn der einzelne Akt der Geltendmachung kann hinweggedacht werden, ohne dass der Anspruch unterginge oder in seinem Inhalt verändert würde.

3) Ebenso Neuner, a.a.O., S. 35.

rückgezogen wird. Bei erneuter Klageerhebung ist die auf denselben Anspruch gestützte Klage zuzusprechen, wenn nicht auch sie wieder durch Einrede entkräftet wird.

2. Ein weiterer Beweis gegen die Annahme rechtsverändernder Kraft der Einrede liegt in dem Fehlen des Merkmales des Gestaltungsrechtes, dass es durch den Gebrauch konsumiert wird. Es ist bereits oben dargelegt worden, dass mit dem Eintritt der mit dem Gestaltungsrechte erreichbaren und endgültigen Rechtsänderung sein eigener Bestand jeglichen Sinn verloren hat.[1]) Dass die Einrede auch nach ihrer Ausübung selbst fortbesteht, ist der zwingendste Beweis dafür, dass keine Rechtsänderung eingetreten ist, und zugleich auch eine weitere Eigenschaft der Einrede, die mit dem Wesen des Gestaltungsrechtes nicht in Einklang zu bringen ist. Mit der herrschenden Lehre[2]) ist daher die Subsumption der Einrede unter die Gestaltungsrechte abzulehnen.

b) Der von Krückmann[3]) und Biermann[4]) vertretenen Ansicht, dass die Einrede ein prozessuales Gestaltungsrecht sei, ist eigentlich schon mit der oben[5]) getroffenen Feststellung, dass die Einrede ein Institut des materiellen Rechtes sei, der Boden entzogen. Ist schon die Annahme eines materiellrechtlichen Gestaltungsrechtes abzulehnen, so kann in der Einrede erst recht kein prozessuales erkannt werden, da sie materiell-rechtlichen Inhalt hat.[6])

---

1) Vgl. § 3, III b, 3, S. 46.

2) Seckel, a.a.O., S. 212 ff; Endemann, Bd. I, § 88, 3a; Oertmann, Verb. 194 b; Kipp, a.a.O., S. 131; v. Tuhr, § 17 III; Siber, „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis", S. 147; Langheineken, a.a.O., S. 48 ff u. S. 344 f; Planck, I, S. 53; Suppes, a.a.O., S. 38; Windscheid-Kipp, § 47; Endemann, I. § 88.

3) In Jhering, Bd. 57, S. 202.

4) Bd. I, § 37, S. 110.

5) § 2 V b, S. 30.

6) Auf die bedenklichen Folgen der Annahme eines prozessualen Gestaltungsrechtes für den internationalen Rechtsverkehr weist besonders Foerster-Kann, § 253, 5, S. 619 hin. Denn nach dieser Lehrmeinung würde grundsätzlich weder der ausländische Richter eine auf deutschem materiellen Recht beruhende Einrede verwirklichen, noch der deutsche Richter den zur Durchführung einer aus dem ausländischen Rechte geschöpften Einrede erforderlichen Gestaltungsakt vornehmen können.

§ 5.

Das Rechtswahrungsrecht.

I. a) Nicht die Geltendmachung, sondern die Zuständigkeit der Einrede führt eine Veränderung des Anspruches und damit der Rechtsbeziehungen herbei. Lässt aber ihre Geltendmachung alles beim alten, so muss die Unterlassung ihrer Geltendmachung eine Rechtsänderung bewirken, da sie einen abweichenden Rechtserfolg hat.

Bei Verschweigen der Einrede endet die aussergerichtliche Geltendmachung des Anspruches mit der Erfüllung, die gerichtliche mit einem in Rechtskraft erwachsenden Urteil. In beiden Fällen geht somit das Leistungsverweigerungsrecht unter: Im Falle der Erfüllung durch den Schuldner tritt zwar an die Stelle der peremptorischen Einrede ein Bereicherungsanspruch aus § 813 BGB, während die Rechtskraft des klagezusprechenden Urteils die Einrede präkludiert, ohne ein anderes Recht des Schuldners zu begründen. Mit dem Untergang der Einrede wird der vorher hemmbare Anspruch wieder zum vollstarken, und der Fortfall seiner Hemmbarkeit bedeutet ebenso eine Aenderung seines Inhaltes wie ihr Eintritt. So sei nur darauf hingewiesen, dass mit dem rechtskräftig festgestellten Anspruche wieder aufgerechnet, das in seiner Erfüllung Geleistete nicht gemäss § 813 BGB zurückgefordert und nicht auf Grund der §§ 886, 1169, 1254 BGB die Aufhebung der für ihn bestehenden Sicherungen verlangt werden kann.

b) Nicht die Ausübung, sondern die Nichtausübung der Einrede führt also eine Veränderung der Rechte und Rechtsbeziehungen herbei und damit tritt das Einrederecht in Gegensatz zu dem Gestaltungsrecht: Während nämlich das Gestaltungsrecht der Veränderung der Rechtsbeziehungen dient, besteht der Zweck der Einrede darin, die Veränderung der Rechtsbeziehungen zu verhindern.

Dafür dass die Einrede nicht der Veränderung der Rechts-

beziehungen, sondern gerade der Erhaltung des bestehenden Rechtszustandes dient, spricht eine der häufigsten Einreden, die Einrede der Verjährung. Das Institut der Verjährung soll, wie die Motive sagen, der Aufrechterhaltung des Rechtszustandes dienen; er wäre doch nun widersinnig, wenn ein Rechtsinstitut, das der Aufrechterhaltung des Rechtszustandes zu dienen bestimmt ist, durch eine Rechtskategorie verwirklicht würde, die ihrem Wesen nach eine Veränderung der Rechte herbeiführt. Während also das Gestaltungsrecht das subjektive Privatrecht bedeutet, die Rechtsbeziehungen durch einseitige Willenserklärung zu verändern, ist die Einrede das Recht, einer Aenderung der Rechtsbeziehungen durch einseitige Willenserklärung zu widersprechen. Als solches lässt sie sich keiner bestehenden Rechtskategorie unterordnen.

II. Die Befugnis einer Veränderung der Rechtsbeziehungen zu widersprechen, teilt die Einrede noch mit anderen Rechten, und zwar denjenigen Rechten, die auf Abwendung eines dem Berechtigten durch die Handlung eines Dritten drohenden Rechtsnachteils gerichtet sind. Es sind dies insbesondere **die Meldungsrechte.**

Solche kennt unser Recht namentlich beim Aufgebotverfahren. Dessen Voraussetzungen ergeben sich aus dem materiellen Rechte und sind im BGB zahlreich angeführt. So kann, laut § 887 BGB derjenige, dessen Recht durch Vormerkung gesichert ist, nach § 927 BGB der Eigentümer eines Grundstückes, gemäss § 1104 der dinglich Vorkaufsberechtigte, auf Grund des § 1170 der Hypothekengläubiger unter bestimmten Voraussetzungen im Wege des Aufgebotverfahrens von seinem Rechte ausgeschlossen werden usw. Der Untergang der Rechte hat die Handlung eines Dritten, die Einleitung eines Aufgebotsverfahrens, zur Voraussetzung. Dem Recht zur Einleitung dieses Verfahrens steht aber das Recht des vom dem Aufgebot Betroffenen gegenüber, durch Meldung den Erfolg der Handlung des Dritten zu vereiteln und das durch das Aufgebot betroffene eigene Recht zu

wahren.[1]).

Diese Rechte entspringen dem durch sie zu wahrenden Rechte und bedeuten eine Art seiner Ausübung. Es sind also immer unselbständige Rechte. Wie die Einrede können auch sie zeitlich nicht unbeschränkt geltend gemacht werden, sondern ihre Geltendmachung kann nur gegenüber einer auf die Vernichtung oder die Verminderung des zu wahrenden Rechtes abzielenden Handlung eines Dritten erfolgen. Bei der Einrede besteht die auslösende Handlung eines Dritten in der Geltendmachung des Anspruches, bei den Meldungsrechten in der Einleitung des Aufgebotsverfahrens, bei anderen Rechten in der Betreibung der Zwangsvollstreckung in nicht dem Schuldner gehörige Gegenstände usw.

Die auslösende Handlung des Dritten ist darauf gerichtet, sich einen ihm — nicht gegen den Willen des Berechtigten — zustehenden Rechtsvorteil zu verschaffen (Erlangung eines ihm noch nicht zustehenden Rechtes oder Befreiung von einer ihm obliegenden Verbindlichkeit).

Der durch diese Handlung auf gesetzlichem Wege erstrebte Rechtsvorteil wird auf Kosten des Widerspruchsberechtig-

---

1) Hierhin gehört auch das Meldungsrecht der Gläubiger beim Friedewirken in der Immobiliarzwangsvollstreckung (§ 66 des Zwangsversteigerungsgesetzes); weiterhin auch diejenigen Rechte, durch die jemand seine Rechte gegenüber dem unberechtigten Zugriff eines oder mehrerer Dritter im Wege der Zwangsvollstreckung wahrt, so das Recht desjenigen, der ein die Veräusserung hinderndes Recht an einem Gegenstande der Zwangsvollstreckung hat, der Zwangsvollstreckung zu widersprechen (§ 771 ZPO) und das Aus-sonderungsrecht im Konkurse (§§ 44 ff KO). Materiell-rechtlich wird durch Geltendmachung dieser Rechte der Rechtszustand nicht verändert: der Berechtigte wahrt damit nur sein Recht, das ihm bei Verschweigen durch die Zwangsversteigerung verloren ginge, und der die Vollstreckung betreibende Gläubiger oder die Konkursgläubiger verlieren nur die Möglichkeit, sich aus Gegenständen zu befriedigen, die ohnehin nicht ihrem Zugriff unterliegen, und an denen sie keinerlei Privatrechte haben. Prozessrechtlich stellen sich diese Rechte allerdings als Rechte auf Rechtsänderung dar, weil derjenige, der sein Recht geltend macht, gleichzeitig die Aufhebung der durch die Pfändung oder die Einbeziehung in die Konkursmasse eigetretenen Verstrickung zu verlangen berechtigt ist. Ob diese formell-rechtliche Rechtsänderung durch Anspruch gefordert oder durch Gestaltungsrecht bewirkt werden kann, ist eine alte Streitfrage, die nicht in den Rahmen unserer Untersuchung fällt.

ten erlangt und die bei Verschweigen des Rechtes eintretende Rechtsänderung bedeutet für ihn einen Rechtsnachteil (indem er bei Geltendmachung des Anspruches, die Einrede im Aufgebotsverfahren das zu wahrende Recht verliert oder dieses Recht geschwächt wird.[1])

b) Durch den Gebrauch seines Rechtes wahrt der Widerspruchsberechtigte sein Recht und vermeidet mit der Rechtsänderung den ihm drohenden Rechtsnachteil. Die Geltendmachung des Rechtes beschränkt sich in ihrer Wirkung auf die Entkräftung der auslösenden Handlung des Dritten. Damit betrifft sie nur eine Konsequenz der Rechte, während sie das eigene Recht des Widersprechenden wie auch das Recht des Dritten unberührt lässt. Denn auch das Recht zur Einleitung eines Aufgebotsverfahrens gehört nicht zum Inhalte irgend eines Rechtes, sondern ist eine ihm zufällig im Einzelfall zukommende Befugnis. Das Aufgebotsverfahren selbst begründet aber noch keinerlei Rechte für den Aufbietenden, denn die Aussicht auf Erlangung des mit dem Aufgebot bezweckten Rechtsvorteiles kann nicht als Recht, nicht einmal als Anwartschaftsrecht anerkannt werden; sie reicht nicht aus, dem Aufbietenden ein subjektives Recht von bestimmten Inhalt zu geben, zumal der mit dem Aufgebot erstrebte Rechtsvorteil vielfach nur ein mittelbarer ist. Man käme sonst beispielsweise dazu, dem Aufbietenden ein subjektives Anwartschaftsrecht auf die Todeserklärung eines anderen zu gewähren. Die Ausübung der Anmeldungsrechte bewirkt mithin keine Aenderung von Rechten und Rechtsbeziehungen, sie dient, um völkerrechtlich zu sprechen, nur der Erhaltung des „status quo". Die Wirkung der Rechte besteht und erschöpft sich in der Abwendung eines drohenden Rechtsverlustes durch Entkräftung der sie auslösenden

---

1) So geht beim Aufgebot der Nachlassgläubiger die verschwiegene Forderung nicht unter, sondern wird nur insofern geschwächt, als ihm alle angemeldeten Nachlassforderungen (mit Ausnahme der Pflichtteils- und Vermächtnisansprüche) in der Befriedigung vorangehen und ihr gegenüber eine Einrede des Erben entsteht, sofern der Nachlass zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht (§ 1973 BGB).

Rechtsverfolgung eines Dritten.[1])

III. a) Die gemeinsamen Merkmale der behandelten Rechte rechtfertigen m.E. ihre Zusammenfassung zu einer besonderen Kategorie von Rechten, der wir nach ihrem Zweck, die Rechtsstellung des Berechtigten zu wahren, die Bezeichnung „Rechtswahrungsrechte" beilegen. Als Rechtswahrlungsrecht erkennen wir das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt die Macht ist, durch einseitige Willenserklärung der von einem Dritten unternommenen Rechtsänderung zu widersprechen.

b) Da das Rechtswahrungsrecht dem Berechtigten die Möglichkeit rechtserheblichen Handelns verleiht, so ist es eine Befugnis im Sinne Thons und fällt als Vorrecht des Berechtigten unter die durch Windscheid von Rechten und Ansprüchen unterschiedenen subjektiven Rechte. Es gehört auch zu den Rechten des rechtlichen Könnens, da es dem Berechtigten die Macht verleiht, durch einseitige Willenserklärung eine Rechtswirkung herbeizuführen. Es

1) Die Aehnlichkeit dieser Rechte mit dem Einrederecht mag ein Vergleich der Einrede mit einem dieser Rechte veranschaulichen, indem wir als Beispiel eines der aufgezählten Rechte, das Recht des aufgebotenen Grundstückseigentümers, durch Meldung sein Eigentum zu wahren (§ 927 BGB) wählen. Die Rechtsverfolgung des Dritten (Geltendmachung des Anspruches bezw. Einleitung des Aufgebotverfahrens) ist darauf gerichtet, sich einen Rechtsvorteil und Befriedigung des Anspruchs bezw. Recht durch Eintragung in das Grundbuch Eingentümer zu werden) zu verschaffen. Dieser Rechtsvorteil würde erlangt auf Kosten des Widerspruchsberechtigten, dessen Recht (Leistungsverweigerungsrecht bezw. Eigentum) unterginge. Macht der Berechtigte von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch, so wird nur der mit der Handlung des Dritten bezweckte (aber noch nicht eingetretene) Erfolg vereitelt; die Rechte des Widersprechenden (Einrede bezw. Eigentum) bleiben unverändert, aber auch die Rechte des Dritten (einredebehafteter Anspruch bezw. Besitz), die Grundlage der entkräfteten Rechtsverfolgung sind, bleiben unberührt. Durch die Ausübung der Rechte wird kein Recht in seiner Substanz, sondern es werden nur Rechte in ihrer Auswirkung betroffen. Denn auch das Recht des Aufbietenden, den Eigentümer durch Aufgebot von seinem Recht auszuschliessen, ist kein regelmässiger und wesentlicher Bestandteil des Besitzrechtes und gehört daher nicht zu seinem Inhalt.

steht aber im Gegensatz zu denjenigen Rechten des rechtlichen Könnens, die unter dem Begriff der Seckelschen Gestaltungsrechte fallen, weil die Wirkung seiner Ausübung keine Rechtsänderung bedeutet. Demnach zerfallen die Rechte des rechtlichen Könnens in Rechtsgestaltungs- und Rechtswahrungsrechte.

In der Ausschaltung derjenigen Rechte, deren Ausübung eine Rechtswirkung, aber keine Rechtsänderung herbeiführen, liegt also die Einschränkung des Seckelschen gegenüber dem Zitelmannschen Begriff.[1]) So wird es verständlich, dass Seckel die Einrede, die Zitelmann zu den Rechten des rechtlichen Könnens zählte, trotz vollständiger Einigkeit mit Zitelmann über ihr Wesen und über ihre Wirkung nicht unter den von ihm geprägten Begriff der Gestaltungsrechte fasst, während er ihre Zugehörigkeit zu den Rechten des rechtlichen Könnens nicht bestreitet. Darin liegt m. E. ein Beweis dafür, dass die hier vorgenommene Einschränkung des Begriffes der Gestaltungsrechte gegenüber den Rechten des rechtlichen Könnens nichts Neuartiges bedeutet, sondern schon von Seckel empfunden und gewollt worden ist, ohne dass er sie ausdrücklich hervorgehoben hätte.[2]) Erstmalig dürfte allein die Zusammenfassung derjenigen Rechte des rechtlichen Könnens, die nicht Gestaltungsrechte sind, unter dem einheitlichen Begriff der Rechtswahrungsrechte sein.

---

1) Dass in dem Ausschluss derjenigen Rechte, die zwar eine Rechtswirkung, aber keine Rechtsänderung herbeiführen, die Einengung des Begriffes der Gestaltungsrechte gegenüber den Rechten des rechtlichen Könnens nach Seckel zu suchen ist, hat auch Walsmann, a.a.O., S. 115, erkannt, wenngleich er sie als unnötige Verengerung des Zitelmannschen Begriffes bekämpft. Er behauptet, dass auch zum Begriffe des Gestaltungsrechtes die Erzeugung einer Rechtswirkung genügend und nicht die Aenderung des Rechtszustandes erforderlich sei, und deshalb nur rechnet er die Einrede zu den Gestaltungsrechten, obwohl er mit Seckel über ihre nicht rechtsverändernde Wirkung einig geht.

2) Auf die Verschiedenheit im Ausdruck bei Zitelmann und Seckel und ihre Bedeutung ist oben (§ 3, II b, S. 38) bereits hingewiesen worden.

§ 6.

Die Geltendmachung der Einrede.

I. Die Voraussetzung der Wirksamkeit der exceptio wie der Einrede ist ihre Geltendmachung.

Aus ihrer Stellung als Ausnahme ergab sich, dass bestimmte Erfordernisse hinsichtlich ihres Begehrens, der Forderung der Befreiung von Rechtsregeln, gestellt wurden, und diese Erfordernisse sind um so strenger, je stärker die Befreiung als Ausnahmen empfunden wird.

a) Daher stellt der prätorische Formularprozess für die Beantragung der exceptio die strengsten Anforderungen. In der Form der Geltendmachung der exceptio zeigt sich hier zugleich das Prizip der formellen Schonung des Zivilrechtes; da die exceptio nicht zum ius civile gehörte, so konnte sie nicht von Amtswegen berücksichtigt, d.h. als Recht behandelt werden. Es genügte daher nicht, dass der Beklagte sich darauf beschränkte, die Tatumstände vor dem Prätor zu erzählen und vorzubringen, die eine exceptio rechtfertigten. Er hatte nicht einmal das Recht, die exceptio zu fordern, um seine Condemnation zu verhindern, er musste sie erbitten, weil sie vom Prätor nicht als Recht sondern aus Billigkeit gewährt wurde. [1])

Erst als die exceptio im Laufe der Entwicklung zum Rechte des Beklagten wurde (edictum perpetuum) war die Berufung auf das Recht, die Geltendmachung der exceptio vor dem Prätor, erforderlich und ausreichend, die Abweisung der Klage herbeizuführen.[2])

Mit Einführung des extraordinaria cognitio wurde die Form der Geltendmachung der exceptio wenig geändert. Gewohnheitsmässig wurde der Brauch beibehalten, dass die exceptio ante litem contestatam geltend gemacht werden musste, um Beachtung zu finden.[3])

1) Vgl. Albrecht, a.a.O., S. 15 und dort Angeführte.

2) Ulpianus libro 4 ad edictum: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est". Dernburg, Pandekten u. Albrecht, a.a.O., S. 56.

3) Const. 8 de excc. Albrecht, a.a.O., S. 56; Lenel, a.a.O., S. 60; Heymann, a.a.aO., S. 52.

b) Auch seitens der Glossatoren hat die Regel, dass die Berücksichtigung der exceptio iuris ein besonderes Verlangen des Beklagten voraussetze, bereitwille Anerkennung gefunden.[1]) An diesem Erfordernis halten auch die Postglossatoren fest.[2])

c) Das stark germanisierte ältere kanonische Prozessrecht nahm die Regel, dass die exceptio vom Beklagten ausdrücklich und im Prozess geltend gemacht werden müsse, ebenfalls auf und Gregor IX. erkannte sie in einem Decretale (1227—1234) an.[3]) Dabei verlangte man im kanonischen Verfahren, dass der Beklagte seine exceptiones iuris schriftlich unter strengen Formen „proponiert". Dass die exceptio im römischen wie im kanonischen Recht nur im Prozess geltend gemacht werden konnte, ergab sich schon daraus, das eine andere Art der Geltendmachung gegenüber der nur gerichtlich verfolgbaren actio gar nicht denkbar war.

d) Der Jüngste Reichsabschied von 1654 bestimmte dann im § 37, der Beklagte müsse:

> ‚in primo termino..... auch was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles uff einmahl, bei Straff, der präclusion, einbringen."

Damit fielen auch die Exceptionen unter die Eventualmaxime; es blieb dabei, dass sich der Beklagte vor Gericht auf sie berufen musste, es kam nur noch hinzu, dass diese Geltendmachung bis zu einem gewissen Zeitpunkte, nämlich im ersten Termine geschehen musste, andernfalls der Beklagte seines Rechtes verlustig ging. Die vollständige Beantwortung der Klage nach allen Richtungen hin ersetzte von jetzt an die litis contestatio des recipierten römischen Rechtes.[4])

Bis zur Entstehung des BGB hat sich in der Form der Geltendmachung der Exceptionen ebensowenig wie in ihrem

---

1) Glo. ad. fr. 2 pr. de excc. Heymann, a.a.O., S. 63 ff .

2) Bartolus ad 1. Dig. 44, 1 n. 4 u. n. 10, ad 1. 50 Dig. 45, 1 n. 4.

3) c. 12 X de except. 2,25: ..... excommunicatus autem publice et si huiusmodi exceptio non opponitur, nihilominus ex officio iudicis repellendus." Hierbei wird der Satz für die übrigen exceptiones offenbar vorausgesetzt (so Heymann, a.a.O., S. 63 ff).

4) Vgl. Albrecht, a.a.O., S. 160.

Wesen etwas geändert. Da das gemeine Recht in dem römischen Recht wurzelte, da die Exception noch der actio gegenüberstand, blieb dem gemeinen Recht eine aussergerichtliche Geltendmachung der Exceptio überhaupt unbekannt. Sie brauchte allerdings nicht als Recht ausdrücklich geltend gemacht zu werden, sondern es genügte das Vorbringen der sie rechtfertigenden Tatsachen, denn man unterschied ja nicht mehr die exceptio iuris von der exceptio facti, und es machte keinen Unterschied, ob die Einwendung auf einem behaupteten Recht oder auf einer Tatsache beruhte. Die nur gerichtliche Geltendmachung der Exceptionen blieb jedenfalls für das gemeine Recht unbestritten und unbestreitbar.[1])

c) Erst mit dem BGB konnte die Frage streitig werden, ob die Einrede nur gerichtlich oder auch aussergerichtlich geltend gemacht werden könne.[2])

Indessen ist dem Gesetzgeber, der die Einrede an die Stelle der gemeinrechtlichen exceptio setzte, anscheinend gar nicht der Gedanke gekommen, dass diese Einrede auch ausserhalb des Prozesses geltend gemacht werden könne. Darauf weist die gewählte Bezeichnung „Einrede" hin, die dem Prozessrecht entnommen wurde, und nur so lässt sich halbwegs die unglückliche Wortfassung der §§ 813, 886, 1169, 1254 BGB verstehen, die von Einreden sprechen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen ist". Wenn auch der ausserprozessualen Ausübung diese Wirkung beigelegt wäre, so hätte der Gesetzgeber die Form ihrer Geltendmachung wie die Form der Ausübung des Aufrechnungs- und Anfechtungsrechtes (§§ 388, 142) bestimmt. Dennoch lag der Gedanke an die Möglichkeit ausserprozessualer Geltendmachung in Anbetracht der Verbundenheit des Einredebegriffes mit dem Anspruch eigentlich nicht so fern.

II. a) Da der Anspruch nach dem BGB auch ausserprozessual verfolgt werden kann, so lag nichts näher, als dem Leistungsverweigerungsrecht ebenfalls die Möglichkeit aussergerichtlicher Geltendmachung einzuräumen, wie das dann auch vielfach von der Lehre, in erster Linie hinwiederum von

1) Vgl. Baron, § 92, Anm. 1.
2) Vgl. Motive, Bd. I, S. 360.

denen, die in der Einrede ein Gestaltungsrecht sehen, geschehen ist.[1]) Dagegen fordert, gestützt auf die Motive,[2]) eine andere Lehrmeinung [3]) die gerichtliche Geltendmachung der Einrede.

Wer die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede ablehnt, darf sich nicht ohne weiteres auf die Kontinuität der Rechtsentwicklung berufen, wie Langheineken [4]) und Enneccerus-Lehmann.[5]) Denn, wie oben gezeigt, hat der Einredebegriff, bedingt durch die Schaffung des Anspruches, eine solche Aenderung erfahren, dass man hier die Kontinuität der Rechtsentwicklung als unterbrochen ansehen muss und nicht vorbehaltlos die gemeinrechtlichen Regeln für die Art ihrer Geltendmachung akzeptieren kann.

Das Schweigen des Gesetzes ist m.E. eher für als gegen die Möglichkeit der ausserprozessualen Geltendmachung auszulegen, obwohl der Gesetzgeber selbst nicht einmal an diese Möglichkeit gedacht zu haben scheint. Aber unsere Aufgabe besteht ja nicht darin, den Willen des Gesetzgebers, sondern das Gesetz zu interpretieren. Da das BGB von dem Grundsatz der Formlosigkeit rechtsgeschäftlicher Erklärung ausgeht. so sind Ausnahme-

---

1) So Hölder in Jhering, Bd. 93, S. 89 und derselbe in ZZP, Bd. 29, S. 50 ff; Hellwig „Anspruch und Klagrecht", S. 9 ff; Foerster-Kann, § 253, N. 5, S. 619; Soergel, § 222; Crome, Bd. I, § 36, S. 183; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 194, 8; Gaupp-Stein-Jonas, Bd. I, vor § 128, III, 3, wobei er zwar die Verjährungseinrede ausnimmt; Kohler, a.a.O., S. 191; von Tuhr, Bd. I, § 17 IV; Sahm in Jhering, Bd. 49, S. 59 ff; Suppes, a.a.O., S. 38; Geier, a.a.O., S. 29; Hirsch in ZZP, Bd. 35, S. 292 und Oertmann, Vorbem. 194, 2 b, welch letzterer allerdings der ausserprozessualen Geltendmachung nur die Folgen einräumt, welche schon in ihrer Zuständigkeit begründet sind (nämlich die in den §§ 202 und 390 BGB bestimmten).

2) Bd. I, S. 360.

3) Endemann, Bd. I, § 88, N. 2 b; Struckmann-Koch, Bd. I, S. 357; Zitelmann, Grundriss, S. 27 ff; Enneccerus, § 207; Fischer-Henle, § 222; Regelsberger, Pandekten, Bd. I, S. 686; Hellmann, a.a.O., S. 201; Matthiass, Bd. I, § 70, S. 281; Biermann, Bd. I, § 37, S. 110 f; Langheineken, a.a.O., S. 350; Krückmann in Jhering, Bd. 57, S. 299; Friedenthal, a.a.O., S. 66; Keller im Sächs. Arch., Bd. II, S. 685 f; Siber, „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis", S. 149; Staffel, a.a.O., S. 4; Kipp, a.a.O., S. 131 ff; Brütt, a.a.O., S. 72 und im Prinzip derselben Ansicht; Leonhard, Allg. Teil, § 62 und Graeffner, a.a.O., S. 38 f.

4) a.a.O., S. 350.

5) Bd. I, § 128.

regeln von diesem Grundsatz nicht ohne weiteres anzunehmen; sie müssten im Gesetz erwähnt sein. Eine solche Bestimmung ist für die Form der Ausübung der Einrede, da sie sich nicht aus dem Wort selbst ergibt, weder im BGB noch in der ZPO zu finden. Auch die Bezeichnung der Einrede als das Recht, gegenüber dem auch aussergerichtlich verfolgbaren Anspruch die Leistung zu verweigern und nicht, „die Abweisung der Klage zu verlangen", ist für die Möglichkeit aussergerichtlicher Geltendmachung auszulegen. Es ist somit grundsätzlich davon auszugehen, dass die ausserprozessuale Geltendmachung der Einrede zulässig ist.

b) Aber welche **Wirkung** kommt der aussergerichtlichen Geltendmachung der Einrede zu?

Die Wirkung der aussergerichtlichen Leistungsverweigerung besteht darin, dass sie den einzelnen Akt der aussergerichtlichen Geltendmachung des Anspruches ausser Kraft setzt. Dass ihre Wirkung keine weitergehende sein kann, ergibt sich nach dem Vorgesagten schon aus ihrer Rechtsnatur als Rechtswahrungsrecht; eine weitergehende Wirkung als die Abweisung des Angriffes, der die Voraussetzung für die Möglichkeit seiner Ausübung bildet, ist dem Rechtswahrungsrecht grundsätzlich versagt.

Die Wiedergeltendmachung des trotz der aussergerichtlichen Ausübung der Einrede unberührt fortbestehenden Anspruches ist daher ständig möglich, und darin liegt durchaus kein Widersinn. Denn es besteht ja immer die Möglichkeit, dass die Einrede fortfällt oder der Schuldner von seinem Rechte keinen Gebrauch mehr macht.

1. Die Entkräftung der aussergerichtlichen Geltendmachung des Anspruches kann nur dann rechtlich bedeutsam werden, wenn der einzelne Akt der Geltendmachung des Anspruches, ohne zur Befriedigung durch den Schuldner zu führen, als solcher rechtlich bedeutsam ist, und das ist er in zwei Fällen, als Mahnung und bei Ausübung des Anspruches in Form der Selbsthilfe.

aa. Gemäss § 284 BGB kommt der säumige Schuldner

durch Mahnung in Verzug. Dadurch wird gemäss § 339 BGB auch eine ausbedungene Vertragsstrafe verwirkt.

Die Mahnung ist eine Einforderung der Leistung und somit ein Akt der aussergerichtlichen Geltendmachung des Anspruches. Wird ihr gegenüber die Einrede geltend gemacht, so wird der in ihr enthaltene Akt der Geltendmachung des Anspruches entkräftet. Mit seiner Entkräftung wird ihm auch die rechtliche Wirkung genommen, die gerade diese Geltendmachung des Anspruches im Falle seiner Nichterfüllung hat, die Herbeiführung des Verzuges. Somit ist auch hier die Wirkung der Einrede die gewöhnliche: der einzelne Akt der Geltendmachung des Anspruches, die Mahnung, wird entkräftet und damit eine Rechtsänderung, der Eintritt des Verzuges, verhindert. Der Gläubiger kann jederzeit seinen Anspruch wieder geltend machen und dadurch den Verzug herbeiführen, wenn der Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht nicht gebraucht. Gegenüber dem einredebehafteten Hauptanspruch tritt durch Entkräftung der Mahnung eine bleibende Wirkung nicht ein, weil hier die Leistungsverweigerung nur die Entstehung von Nebenansprüchen aus dem Verzuge verhindert, während sie den Hauptanspruch in Existenz und Wirksamkeit unberührt lässt.

bb. Laut § 229 ist der Gläubiger berechtigt, seinen Anspruch im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Die Selbsthilfe bedeutet mithin eine Art der aussergerichtlichen Geltendmachung des Anspruches und zugleich seine aussergerichtliche Durchsetzung in einer Handlung. Rechtlich sind aber seine Geltendmachung und seine Durchsetzung auch bei der Selbsthilfe zu trennen.

Wird gegenüber der im Wege der Selbsthilfe geschehenden Geltendmachung des Anspruches die Einrede erhoben, so wird diese der gewöhnlichen Wirkung der Einrede entsprechend entkräftet. Damit wird der Durchsetzung des Anspruches die Grundlage entzogen. Besteht der Gläubiger trotz Geltendmachung der Einrede auf dem Unternehmen, seinen Anspruch im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen, so handelt

er nunmehr widerrechtlich und ist dem Schuldner gemäss § 231 auch dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er ohne Verschulden das Vorhandensein der Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe irrtümlich annimmt.[1]) In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass für die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts keine bestimmte Form vorgeschrieben ist; sie kann mithin in jeder beliebigen Form und auch durch konkludente Handlung erfolgen.[2]) Die Selbsthilfe ist daher schon dann unerlaubt, wenn das Verhalten des Schuldners, seinen Willen, die Einrede zu gebrauchen, mit hinreichender Bestimmtheit erkennen lässt.

Aus dem Inhalte des Leistungsverweigerungsrechtes ergibt sich aber gegenüber dem Anspruche auch dann keine bleibende Rechtswirkung, wenn durch seine Geltendmachung das Unternehmen der Durchsetzung des Anspruches im Wege der Selbsthilfe entkräftet worden ist. Denn der Anspruch des Gläubigers besteht fort und auch ein Schadensersatzanspruch des Schuldners aus unerlaubter Selbsthilfe entsteht nur dann, wenn der Gläubiger trotz der Geltendmachung der Einrede nicht von der Durchsetzung des Anspruches im Wege der Selbsthilfe absteht; dieser Anspruch beruht also nicht unmittelbar auf der Geltendmachung der Einrede seitens des

---

1) Eine Selbsthilfe ist auch dem Vermieter gegenüber dem rückenden Mieter zur Erhaltung seines Pfandrechtes gemäss § 561 BGB gestattet; auch die in dieser Selbsthilfe enthaltene Geltendmachung eines Rechtes kann durch den Gebrauch der Einrede entkräftet werden, wodurch die dennoch geschehende Ergreifung des Besitzes an den Sachen des Vermieters als verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB erscheint.

2) Aus dem Worte „Einrede" ergibt sich m.E. nur soviel, dass zu ihrer Geltendmachung überhaupt eine Erklärung notwendig ist (ebenso Gaupp-Stein-Jonas, § 331 III, 3), ein rein passives Verhalten des Schuldners, das blosse Nichterfüllen seiner Verbindlichkeit kann demnach grundsätzlich nicht, wie von Foerster-Kann, § 253 Abs. 5 angenommen wird, als Ausübung des Einrederechtes angesehen werden. Wenn die erforderliche Erklärung auch durch konkludente Handlung erfolgen kann, so reicht hierzu doch die blosse Nichterfüllung um deswillen nicht aus, weil sie nicht die hiermit beabsichtigte Ausübung des Rechtes mit hinreichender Sicherheit erkennen lässt, sondern aus den verschiedensten Gründen erfolgen kann. Nur wenn besondere Umstände die Nichterfüllung als Geltendmachung des Leistungsverweicherungsrechtes erkennen lassen, mag in ihr eine auf die Ausübung des Rechtes abzielende Willenserklärung durch konkludente Handlung erkannt werden.

Schuldners, sondern auf einer weiteren juristischen Tatsache, der Durchführung der Selbsthilfe seitens des Gläubigers.

2. Es liegt nahe, der aussergerichtlichen Geltendmachung der Einrede einige Wirkungen beizulegen, die augenscheinlich nicht die dem Leistungsverweigerungsrecht typischen sind.

aa. So bestimmt § 1990 BGB, dass der Erbe, wenn die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, oder aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt wird, die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern kann, als der Nachlass nicht ausreicht. Dasselbe Recht steht den Erben gemäss § 1992 BGB dann zu, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht. Der Erbe ist in diesen Fällen verpflichtet, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben.

Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes, so erscheint der gegen den Erben gerichtete Herausgabeanspruch als Folge des Leistungsverweigerungsrechtes. Dass in diesem Falle keine gerichtliche Geltendmachung der Einrede zur Erzeugung der Anspruches erforderlich ist, lässt sich kaum bestreiten. Es müsste dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein; da aber überhaupt kein Prozess notwendig ist, um den Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des Nachlasses aus § 1990 Satz 2 BGB zu begründen, so muss zu seiner Entstehung die aussergerichtliche Verweigerung der Leistung ausreichen.[1])

Der aussergewöhnliche Erfolg der Einrede in diesem Falle muss aber zu Bedenken Anlass geben, dem Wortlaut des Gesetzes zu folgen. Der Schuldner würde durch

1) Vgl. RG, Bd. 69, S. 291, wonach zur Erzeugung dieses Anspruches das Vorbringen der Einrede im Schriftsatz genügt, also nicht erforderlich ist, dass die Einrede durch Vorbringen in der mündlichen Verhandlung Prozessstoff wird.

die Geltendmachung seines Rechtes, die Leistung zu verweigern, erreichen, dass ein neuer Anspruch gegen ihn selbst entsteht. Dieses Ergebnis widerspricht so sehr dem mit der Einrede gewöhnlich bezweckten und zu erreichenden Erfolge, dass man sich den Ausführungen Endemanns zu diesen Paragraphen [1]) nicht verschliessen kann, der darauf hinweist, dass der Wortlaut des Gesetzes die juristische Konstruktion verwische. Primär und rechtsbegründend ist die Erklärung der Preisgabe des Nachlasses, wie mit Endemann anzunehmen ist. Durch diese Preisgabe entsteht auf seiten des Erben einerseits die Verplichtung, den Nachlass herauszugeben, andererseits das Recht, die Leistung aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern. Das Preisgaberecht des § 1990 BGB ist also ein Gestaltungsrecht, indem durch einseitiges Rechtsgeschäft Rechte erzeugt werden, nämlich das Recht des Gläubigers, die Herausgabe des Nachlasses zu verlangen und das des Schuldners, die Leistung aus seinem eigenen Vermögen zu verweigern, und dieses Gestaltungsrecht kann aussergerichtlich mit Erfolg geltend gemacht werden. Dagegen ergibt sich für das durch seine Ausübung erst entstehende Leistungsverweigerungsrecht des Erben das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede sogar deutlich aus dem Gesetz. Denn gemäss § 780 ZPO wird die mit dieser Einrede bezweckte Beschränkung der Erbenhaftung nur dann in der Zwangsvollstreckung berücksichtigt, wenn sich der Erbe diese Beschränkung im Urteile vorbehalten hat. Die durch die Preisgabe entstehende Einrede führt somit grundsätzlich nicht die Klageabweisung, sondern die Verurteilung des Erben auf Leistung unter Vorbehalt der Haftungsbeschränkung herbei.[2]) Dieser Vorbehalt, der im materiellen Recht

---

1) Lehrb., Bd. III, II. Teil, § 128 III.

2) Der Richter kann zwar über den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung im Urteil hinausgehend die Haftung des Beklagten auch dem Betrage nach feststellen (siehe Staudinger-Herzfelder, Bem. 1 zu §§ 1990—1992; Binder, Bd. II, S. 211 zu § 27; RG, Bd. 54, S. 413 und OLG Rostock in Rechtspr., Bd. VII, S. 136), aber er ist hierzu nie verpflichtet und nur auf den Vorbehalt hat der Erbe ein Recht (vgl. Gaupp-Stein-Jonas, § 780 ZPO und Struckmann-Koch, N. 6 zu § 780).

gar nicht erwähnt wird, kann aber nur im Prozess durch auf die Einrede gestütztes Begehren in der mündlichen Verhandlung gefordert werden, da der Richter an die Anträge der Parteien gebunden ist. Gerade die Einreden der §§ 1990, 1992 BGB sind also ein Beispiel dafür, dass die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede als solche ohne **bleibende** Rechtsfolgen ist.

bb. Ebenso kann in dem **§ 2188** BGB kein Beweis der Wirksamkeit aussergerichtlicher Einredegeltendmachung gefunden werden. Danach hat der Vermächtnisnehmer, demgegenüber das Vermächtnis auf Grund der §§ 2018 oder 2087 BGB gekürzt worden ist, d.h. demgegenüber sich der Beschwerte mit Erfolg auf die Einrede der beschränkten Erbenhaftung, des verletzten Pflichtteils oder des gekürzten Vermächtnisses berufen hat, selbst ein Recht, die Vollziehung der ihm auferlegten Beschwerungen zu verweigern. Auch hier wird man die aussergerichtliche Weigerung des Beschwerten genügen lassen, um dem Vermächtsnisnehmer zur Leistungsverweigerung gegenüber seinem Gläubiger zu berechtigen. Denn man kann ihm nicht zumuten, dass er den wirtschaftlich wertlosen Anspruch mit keinem anderen Erfolge einklage, als dass er obendrein noch die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Durch die aussergerichtliche Verweigerung der Leistung seitens des Beschwerten entsteht wohl ein Leistungsverweigerungsrecht des Vermächtnisnehmers hinsichtlich von Dritten gegen ihn gerichteter Ansprüche, nicht aber wird sein Anspruch gegen den Beschwerten gehemmt. Der Beschwerte würde trotz aussergerichtlicher Geltendmachung seiner Einrede auf die Klage des Nachvermächtnisnehmers hin zu verurteilen sein, wenn er nicht die klageweise Geltendmachung des Vermächtnisanspruches durch Einrede entkräftet.

Das Recht, die Leistung zu verweigern hätte hier also nicht die Wirkung, den gegen den Berechtigten gerichteten Anspruch zu hemmen, sondern lediglich die, bei dem Gläubiger ein neues Einrederecht gegenüber Dritten zur Entstehung zu bringen. Eine solche Wirkung lässt sich nicht mit

dem Wesen der Einrede in Einklang bringen. Hier handelt es sich nicht um die Wirkung des Einrede r e c h t e s als solchen sondern das Gesetz knüpft an die T a t s a c h e der aussergerichtlichen Geltendmachung der Einrede eine rechtliche Wirkung, nämlich die Entstehung eines neuen Einrederechtes, ähnlich wie die Tatsache der Einredezuständigkeit das Entstehen neuer Ansprüche in den §§ 813 und 886, 1169 und 1154 BGB begründet.[1]) Der mit dem Einrederecht seitens des Berechtigten bezweckte und ihrem Wesen entsprechende Erfolg, die zeitweilige oder dauernde Entkräftung des Anspruches, tritt im Falle des § 2188 BGB ebensowenig wie in allen anderen Fällen ein.

c) Demgemäss ist die Möglichkeit der aussergerichtlichen Leistungsverweigerung zwar einerseits nicht zu leugnen, andererseits aber ist dieser Form der Geltendmachung im Hinblick auf die mit ihr verfolgte, bleibende Entkräftung des Anspruches keinerlei rechtliche Bedeutsamkeit beizumessen, da der Anspruch ständig wieder erhoben werden kann. Sie erzeugt lediglich wie Leonhard [2]) und ihm folgend Graeffner [3]) sich ausdrücken, eine „metus exceptionis", d.h. der Gläubiger muss für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung des einredebehafteten Anspruches damit rechnen, dass der Schuldner die Einrede auch im Prozess geltend machen wird und dass diese Geltendmachung die kostenpflichtige Abweisung der Klage zur Folge hat; er wird daher meistens geneigt sein, es nicht auf einen Prozess ankommen zu lassen. Darum wird die „metus exceptionis", die Furcht vor gerichtlicher Geltendmachung der Einrede, die Folge haben, dass der Gläubiger sein Recht gar nicht weiter und vor allem nicht gerichtlich verfolgt. Aber solcherlei psycholo-

1) Man darf nicht unbedenklich dem Wortlaute des Gesetzes folgen, um die Frage zu entscheiden, ob eine Vorschrift sich direkt aus dem Inhalte eines Rechtes ergibt oder nur die Wirkung der Tatsache seiner Geltendmachung ausspricht. So Enneccerus, Bd. I, § 56, S. 133 „Die unter Umständen zweifelhafte Frage, ob eine Vorschrift die Wirkung einer Tatsache oder direkt den Inhalt und die Wirkung eines subjektiven Rechtes bestimmen wolle, darf aber nicht nur nach der Wortfassung beurteilt werden.

2) Allg. Teil, § 62, S. 219.

3) a.a.O., S 39.

gische Wirkungen haben bei der juristischen Betrachtung auszuscheiden, und vom juristischen Standpunkt aus ist zu sagen, dass die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede als Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes gegenüber dem Anspruche ohne dauernde rechtserhebliche Folgen ist. Die Möglichkeit ausserprozessualer Geltendmachung der Einrede ist daher zu verneinen nicht etwa, wie die meisten Anhänger dieser Meinung lehren, weil dies aus der Kontinuität der Rechtsentwicklung zu folgern und aus dem Gesetz allgemein zu entnehmen sei, sondern deshalb, weil der nach dem Gesetz möglichen aussergerichtlichen Leistungsverweigerung von eben diesem Gesetz jegliche bleibende Wirkung versagt ist.

III. a) 1. Mit dem Vorgesagten beantwortet sich schon die Frage, ob die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede dann wenigstens Bedeutung gewinnt, wenn sie ohne Zutun des Einredeberechtigten Prozessstoff wird, d. h. ob der Richter ein Versäumnisurteil nicht erlassen darf, wenn sich aus dem klägerischen Vortrage ergibt, dass der Beklagte die Leistung aussergerichtlich bereits zu Recht verweigert hat.

Gemäss § 331 ZPO ist in der mündlichen Verhandlung bei Nichterscheinen des Beklagten das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Prozessstoff wird also nur das vom Kläger mündlich Vorgebrachte und die Voraussetzung der Beachtung der Geltendmachung einer Einrede wie jeder anderen Tatsache im Versäumnisverfahren ist, dass sie durch Vortrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung Prozessstoff wird. Rechtfertigen die von dem Kläger vorgebrachten Tatsachen den Klageantrag, ist die Klage schlüssig, so ist sie zuzusprechen, ist das Klagevorbringen nicht geeignet, den Antrag zu stützen, so ist sie abzuweisen.

Die Frage, ob der Richter ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen kann, wenn der Kläger vorträgt, dass der

Beklagte sich aussergerichtlich zu Recht auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen hat, ist äusserst streitig. Besonders eingehend hat Sahm [1]) sich mit ihr befasst, der in diesem Falle die aussergerichtliche Verweigerung der Leistung genügen lässt, den Erlass eines Versäumnisurteils gegen den nichterschienenen Beklagten zu vereiteln.[2]) Bestimmend für die Vertreter dieser Lehrmeinung ist zum Teil die Frage der Zweckmässigkeit, da dem Beklagten durch die Abweisung des Klageantrages die Kosten weiterer Einlassung gespart würden.[3])

Allein die Frage der Zweckmässigkeit kann bei der Auslegung des Gesetzes nicht allen ausschlaggebender Faktor sein;[4]) die Entscheidung einer Rechtsfrage muss auch juristisch begründet sein. Abgesehen davon ist es mehr als zweifelhaft, ob es wirklich im Sinne des Gesetzgebers lag und zweckmässig ist, möglichst viele Prozesse im Versäumnisverfahren zu entscheiden. Das Versäumnisverfahren ist ein Zwangsmittel gegen Säumnis der Parteien, sein Zweck besteht nicht in der Findung einer endgültigen Entscheidung. Das Gericht muss nach objektiver Entscheidung eines Falles, nicht nach seiner Erledigung trachten. Daher bin ich der Ansicht, dass auch schon die Zweckmässigkeitserwägungen gegen diese Lehrmeinung sprechen.

Juristisch aber lässt sich diese Ansicht nach dem Vorgesagten überhaupt nicht rechtfertigen. Durch Vorschützen der Einrede wird nur die Geltendmachung des Anspruches ausser Kraft gesetzt, die die Voraussetzung ihrer Ausübbarkeit ist, und gegen die sie sich richtet. Die Erhebung der Klage bedeutet aber stets eine erneute Geltendmachung des Anspruches schon um deswillen, weil sie in ganz anderen For-

---

1) In Jhering, Bd. 49, S. 51 ff.

2) Derselben Ansicht: Foerster-Kann, § 253, S. 620; v. Tuhr, Bd. I, § 17 IV; 2; Staudinger-Riezler, § 194, N. 8; Soergel, § 222; Hellwig „Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft", Anm. 17; Suppes, a.a.O., S. 38 und Geier, a.a.O., S. 46.

3) Vgl. Suppes, a.a.O., S. 38.

4) Sahm, a.a.O., S. 77, lehnt es sogar ausdrücklich ab, sich in diesem Zusammenhang mit der Rechtsnatur der Einrede zu befassen, da es sich hier nicht um ihre Wirkung, sondern nur um die Voraussetzung ihrer Wirksamkeit handele.

men, mit ganz anderen Mitteln und mit anderen Folgen geschieht, wie die aussergerichtliche. Daher muss die Klage trotz der seitens der Klägers im Prozess vorgetragenen aussergerichtlichen Geltendmachung der Einrede zugesprochen werden, also Versäumnisurteil gegen den säumigen Beklagten ergehen, sofern diese Geltendmachung des Anspruches nicht entkräftet wird.

Fraglich ist aber weiterhin — und das ist ebenfalls aus der hier festgestellten Rechtsnatur der Einrede zu entscheiden — ob die Geltendmachung der Einrede für das Versäumnisverfahren dann wenigstens beachtlich ist, wenn sie durch Schriftsatz oder in früherer mündlicher Verhandlung innerhalb des Verfahrens geschehen ist, und der Kläger in der mündlichen Verhandlung darauf hinweist.

Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Klage in jeder Lage des Prozesses als eine einzige Geltendmachung des Anspruches anzusehen ist. Aber auch in diesem Falle liegt dennoch kein Grund vor, die Klage abzuweisen. Vielmehr kann die Einrede immer nur dann vor dem Richter Beachtung finden, wenn sie vom Berechtigten selbst vorgebracht wird. Das ergibt sich aus dem rechtlichen Unterschied zwischen Einrede und Gestaltungsrecht.

Das Gestaltungsrecht erzeugt durch seine Ausübung eine Rechtsänderung, einen neuen Tatbestand, und damit bindendes Recht für beide Parteien. Die Rechtsänderung kann zwar durch die Willenserklärung einer Partei ausgelöst werden, aber einmal entstanden, kann sich jede Partei darauf berufen; das Gestaltungsrecht als solches, d.h. als Recht einer Partei erlischt mit der Ausübung.

Die Einrede hingegen schafft durch ihre einmalige Ausübung keine Rechtsänderung. Sie erlischt auch nicht mit und durch ihre Geltendmachung, sondern besteht fort als das Recht nur einer Partei, das Recht des Schuldners. Mit demselben Rechte, wie der Gläubiger durch Vortrag der Einredegeltendmachung die Einrede wirksam werden lassen könnte, mit demselben Rechte könnte der Gegner des Gestaltungsberechtigten das Gestaltungsrecht ausüben, also z.B. der arglistig täuschende Vertragsteil das dem Gegner gemäss § 123

BGB zustehende Anfechtungsrecht geltend machen. Das Einrederecht steht immer nur dem Schuldner zu, er gibt es nicht aus seiner Hand durch irgendwelche Ausübung. Man würde daher den Beklagten r e c h t l i c h sogar schlechter stellen, ein ihm allein gebührendes Recht nehmen, wenn man zuliesse, dass der Gläubiger die im Laufe des Verfahrens seitens des Schuldners geltendgemachte Einrede mit Wirksamkeit vorbringen kann; es liegt eben immer und auch jetzt noch allein in der Macht des Schuldners, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Es genügt daher nicht, dass die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts a l s T a t s a c h e P r o z e s s s t o f f w i r d, sondern sie muss, um wirksam zu sein, als E i n r e d e Prozessstoff werden. Als solche bedeutet sie eine R e c h t s b e h a u p t u n g v e r b u n d e n m i t d e r E r k l ä r u n g, d i e s e s R e c h t w i r k e n z u l a s s e n. Sie ist ein Widerspruch gegen die Verurteilung und kann nur vom Beklagten s e l b s t vorgebracht werden. M i t h i n i s t g e m ä s s § 331 ZPO V e r s ä u m n i s u r t e i l z u e r l a s s e n, a u c h w e n n d e r K l ä g e r d i e i m V e r f a h r e n g e s c h e h e n e G e l t e n d m a c h u n g d e r E i n r e d e v o r t r ä g t.

2. Hingegen kann in dem Versäumnisverfahren der Berufungsinstanz ein Urteil gegen den säumigen Beklagten nicht erlassen werden, wenn sich aus dem erstinstanzlichen Urteil ergibt, dass die Abweisung der Klage wegen einer mit Erfolg geltendgemachten Einrede geschehen sei. Denn dem Erlass eines Versäumnisurteils steht hier das festgestellte Sachverhältnis entgegen (§ 542 ZPO), zu dem auch die Tatsache gehört, dass die Einrede vom Berechtigten wirksam geltend gemacht worden ist. Der Berechtigte kann jedoch in jeder Lage des Verfahrens und auch in der Berufungsinstanz auf die Wirkung der von ihm geltend gemachten Einrede verzichten.[1]) Er begibt sich, solange kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht der Verfügungsgewalt über die Einrede, da mangels einer Rechtsänderung kein Dritter aus der Geltend-

1) Allerdings nicht mehr in der Revision, in der nur Rechtsfragen unter Zugrundelegung des in der Berufungsinstanz festgestellten Sachverhältnisses geprüft werden.

machung der Einrede Rechte herleiten kann. Prozessual ist diese Erscheinung ja auch unbedenklich, da man selbst einen zunächst geleugneten Anspruch nachträglich und auch in der Berufungsinstanz anerkennen kann. Um so mehr muss ein zugestandener und bestehender Anspruch, gegen dessen Durchsetzung allein sich der Schuldner gewandt hat, durch Aufgabe des Widerspruches durchsetzbar werden.[1])

b) Auf alle Fälle muss der Beklagte sich vor dem Richter auf die Einrede berufen, um die Abweisung bezw. die Beschränkung des Klageantrages herbeizuführen. Das hat einen sehr wünschenswerten Erfolg für diejenigen Einreden, deren Gebrauch (wie der der Verjährungseinrede) als unehrenhaft gilt; denn wie mit Recht Siber und Suppes hervorheben, bedeutet es für den Beklagten etwas ganz anderes, ob er sich vor Gericht, d.h. in aller Oeffentlichkeit und eventuell von dem Richter auf das Unehrenhafte seiner Handlungsweise aufmerksam gemacht, auf die Einrede berufen muss, oedr ob zu ihrem wirksamen Vorbringen jede beliebige Erklärung genügt. Für die Haftungseinreden des Erben besteht aber gar keine andere Möglichkeit der Geltendmachung, da sich der Beklagte seine Haftungsbeschränkung im Urteile vorbehalten muss.[2])

c) Für die Annahme, dass nur die gerichtliche Geltendmachung der Einrede berücksichtigt werden kann, spricht der Vergleich mit dem Recht anderer Staaten, wenn wir dieses in der Behandlung der häufigsten Einrede, der Verjährungseinrede, die sich im Recht aller Staaten vorfindet, betrachten.

So findet sich die Anweisung, dass die Verjährung nur vom Richter zu berücksichtigen ist, wenn sie im Verfahren vorgebracht wird, in folgenden Bestimmungen ausländischer Gesetzbücher: Oesterreichisches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811,

---

1) Vgl. Foerster-Kann, § 252, 5; Kipp, a.a.O., S. 134; Hellwig „Prozesshandlung und Rechtsgeschäft", a.a.O., S. 69, Anm. 17; Landsberg, Bd. I, § 18; Siber, „Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht", a.a.O., S. 70.

2) Vgl. oben § 6 II b, 2 aa, S. 88

§ 1501,[1]) Schweizerisches Gesetzbuch vom 14. Brachmonat 1881, Artikel 160,[2]) das Burgerlijk Wetboek (Holland) Artikel 1854,[3]), Code civil (für Frankreich und Belgien) Artikel 2223,[4]) codice civile d'Italia von 1865 Artikel 2109,[5]) Codigo civil Portuguez (Portugal) Artikel 515.[6]) Dasselbe Prinzip gilt auch im englischen Recht.[7]) [8])

1) § 1501 lautet: „Auf die Verjährung ist ohne Einwendung der Parteien von Amtswegen kein Bedacht zu nehmen."

2) Art. 160: Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtswegen berücksichtigen.

3) Art. 1854: Wanneer men zich op verkregene prescriptie niet beroept, mogen de regters het regt, daaruit ontstaande, niet ambtshalve in aanschouw nemen.

4) Art. 2223: Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

5) Art. 2109: Il giudice non può supplire d'ufficio alla prescrizione non opposta.

6) Art. 515: Os juizes nâo podem supprir, de officio, a presçripcâo, nao sendo esta invocada pelas partes.

7) Vgl. Byles: A treatise of the Law of bills of exange, S. 357. Neuner, a.a.O., S. 61 und dort Angeführte.

8) Der Spanische codigo civil von 1889 hat eine Bestimmung über die Geltendmachung der Verjährung nicht getroffen.

§ 7.

Die Rechtsfolgen der Einrede-Ausübung.

1. a) Die Rechtsfolgen der prozessualen Geltendmachung der Einrede lassen sich darin zusammenfassen, dass sie ein dem Beklagten günstiges Urteil erwirken.

Bei den dilatorischen Einreden lautet das Urteil grundsätzlich klageabweisend, führt aber bei einigen, den oben erwähnten und in § 202 BGB aufgezählten Einreden des Zurückbehaltungsrechtes (§ 274 BGB) des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) und der mangelnden Sicherheitsleistung (§ 321 BGB) nur eine Beschränkung des Klageantrages auf Leistung Zug um Zug herbei.

Auch bei den peremptorischen Einreden lautet das Urteil klageabweisend, und zwar ausnahmslos klageabweisend. Aus den Gründen ergibt sich jedoch hier im Gegensatz zu dem auf Grund dilatorischer Einrede abweisenden Urteil, dass eine Veränderung des Rechtszustandes dahingehend, dass das der Verurteilung entgegenstehende Recht untergeht, nicht möglich ist.

b) 1. Sind die Rechtsfolgen wirksamer Einredegeltendmachung für den Hauptanspruch unbestritten und dem Gesetz zu entnehmen, so ist um so ungewisser, wie die Nebenansprüche des einredebehafteten Anspruches aus dem Verzuge und dem Verfall einer Konventionalstrafe zu behandeln sind. Es stehen sich hier zwei Lehrmeinungen gegenüber: die eine von Hellwig [1]) und von v. Tuhr [2]) vertretene nimmt an, dass diese Nebenansprüche trotz Bestehens des Einrederechtes zur Enstehung gelangen, durch dessen Geltendmachung aber rückwirkend vernichtet werden. Eine andere (Langheineken, Graeffner) will überhaupt keinen Verzug bezw. Verfall einer Konventionalstrafe bei einem einredebehafteten Anspruche eintreten lassen.[3])

Die Ansicht Hellwigs ist nicht haltbar, wenn man nicht

1) Lehrb., Bd. I, S. 249 ff.
2) Bd. I, § 17.
3) Ebenso Kipp, a.a.O., S. 137 und Neuner, a.a.O., S. 37.

wie er annimmt, dass durch Ausübung der Einrede Rechte verändert werden. Denn sonst kann von einer Rückwirkung überhaupt keine Rede sein. Die Rückwirkung bedeutet eine gegenwärtige Rechtsänderung, die als eine in einem früheren Zeitpunkte eingetretene behandelt wird. Da die Einrede als Rechtswahrungsrecht nicht einmal eine gegenwärtige Rechtsänderung bewirkt, kann sie auch keine Rückwirkung zur Folge haben.

Die Ansicht Langheinekens und Graeffners, dass Verzug und Verfall einer Konventionalstrafe auf Grund des einredebehafteten Anspruches überhaupt nicht eintreten, gründet sich darauf, dass diese Autoren den einredebehafteten Anspruch als nicht fällig ansehen. Dieser Ansicht ist bereits oben [1]) entgegengetreten worden. Auch dem einredebehafteten Anspruch steht eine gegenwärtige Leistungsverpflichtung gegenüber und auch er ist fällig im Sinne des Gesetzes. [2])

Verletzt der Schuldner schuldhafterweise seine Leistungspflicht, so treten Verzug und Verfall einer Konventionalstrafe bei Vorliegen ihrer übrigen Voraussetzungen (Mahnung, Verstreichung der Kalenderfrist) gemäss §§ 284, 339 BGB nicht anders als beim nichteinredebehafteten Anspruch ein. Der Nichteintritt dieser Rechtsfolgen müsste für den einredebehafteten, aber fälligen Anspruch ausdrücklich im Gesetze bestimmt sein. Somit ist auch die von Langheineken vertretene Auffassung hinfällig.

Die also bestehenden Verzugsansprüche und der Anspruch auf die verfallene Konventionalstrafe befinden sich m. E. in derselben Rechtslage, wie der Hauptanspruch, dem sie accessorisch sind. Ist dieser durch Einrede hemmbar, so sind sie es auch. Die Einrede, die den Hauptanspruch hemmt, hemmt auch diese Nebenansprüche. Es wäre widersinnig, auf die bestehenden Nebenansprüche allein zu erkennen, wenn der Hauptanspruch abgewiesen wird; andererseits gibt es keinen Grund, der ihre Zuerkennung hinderte, wenn

1) § 2, VI b), S. 32 f.
2) Vgl. Lehmann, a.a.O., S. 72.

wegen des Hauptanspruches Verurteilung des Schuldners erfolgt.[1])

Neben dieser grundsätzlichen Behandlung der Verzugsfolgen des einredebehafteten Anspruches (zu denen ja auch der Verfall der Konventionalstrafe gehört), sind aber noch verschiedene Besonderheiten zu berücksichtigen.

Darauf, dass die einzelne Mahnung auch durch aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede entkräftet werden kann, ist oben bereits hingewiesen worden. Verzug kann daher erst dann eintreten, wenn eine Mahnung unwidersprochen bleibt. Dabei ist zu beachten, dass der Schuldner sich nicht gegenüber einer jeden Mahnung auf sein Recht zu berufen braucht. Hat er das einmal getan, so ergibt sich durchweg aus seinem passiven Verhalten, dass er, gestützt auf sein Einrederecht auch eine spätere Mahnung nicht gegen sich gelten lassen will. Die einmalige Verweigerung kann daher zwar nicht den Anspruch dauernd entkräften und den Eintritt des Verzuges generell ausschliessen, aber sie kann dem späteren rein passiven Verhalten des Schuldners einen so eindeutigen Sinn geben, dass auch das Schweigen auf die wiederholte aussergerichtliche Geltendmachung des Anspruches als Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes durch konkludente Handlung erscheint. Hat also der Schuldner die Mahnung durch aussergerichtliche Geltendmachung entkräftet, macht aber vor Gericht von der Einrede keinen Gebrauch, so ist auf den Anspruch ohne die Nebenansprüche aus dem Verzuge zu erkennen.

Es ist ferner zu beachten, dass die dilatorischen Einreden gegen den Hauptanspruch den Nebenansprüchen aus dem Verzuge als peremptorische auch dann entgegengehalten werden können, wenn die zeitige Einrede gegen den Hauptanspruch nicht mehr besteht. Da der Schuldner, solange die Einrede bestand, zur Leistungsverweigerung befugt war, so kann er den aus der berechtigten Nichterfüllung des Anspruches entstandenen Nebenansprüchen dasselbe Recht entgegenstellen, das ihn zur Nichterfüllung des Hauptanspru-

1) S. Hölder „Anspruch und Klagerecht", a.a.O., S. 72, der diese Entscheidung billigt.

ches berechtigte, und er kann ihre Geltendmachung daher dauernd, also durch peremptorische Einrede, entkräften.

2. Auch über die Rechtsgrundlage des auf Seiten des einredeberechtigten Schuldners entstehenden Anspruches gegen den Gläubiger, der Selbsthilfe geübt hat, streiten sich zwei Lehrmeinungen: diejenige Langheinekens,[1]) der behauptet, die Durchsetzung des einredebehafteten Anspruches des Gläubigers im Wege der Selbsthilfe sei von vornherein unerlaubt, weil es zur erlaubten Selbsthilfe im Sinne des § 229 BGB an einem fälligen Anspruch fehle; auf der anderen Seite vertreten Hellwig und von Tuhr die Auffassung, dass die an sich erlaubte Selbsthilfe zur Durchsetzung des einredebehafteten Anspruches durch die Geltendmachung der Einrede rückwirkend zur unerlaubten werde. Beide Lehrmeinungen kommen zu dem Ergebnis, dass dem Schuldner ein Anspruch gemäss § 231 BGB zustehe. Auf Grund dieser Bestimmung ist derjenige, der sich im Wege der Selbsthilfe in der irrigen Annahme befriedigt, dass ihre Voraussetzungen gegeben seien, auch dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sein Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Dieser Anspruch erscheint aber nur bei der Ansicht Hellwigs als Folge der Einrede ausübung, während er nach Langheineken schon in der Einrede zuständigkeit begründet liegt.

Mit der bekämpften Voraussetzung der Lehrmeinung Langheinekens, dass der Anspruch nicht fällig sei,[2]) ist ihr der Boden entzogen, und aus dem Mangel der Fälligkeit lässt sich also nicht die Annahme rechtfertigen, dass er beim einredebehafteten Anspruch an einer notwendigen Voraussetzung des § 229 BGB, der erlaubten Selbsthilfe fehle; sie ist daher abzulehnen.

Auch die Grundlage der Ansicht Hellwigs, die Annahme rückwirkender Kraft in Einrede, ist oben[3]) bereits widerlegt worden. War die Selbsthilfe zur Zeit ihrer Ausübung eine erlaubte, so muss sie es auch nach Geltendmachung der Einrede bleiben, die keine Rechtsänderung

1) a.a.O., S. 21.
2) § 2, VI, b, S. 32 f.
3) § 7, I, b) 1, S. 96.

und mithin keine Rückwirkung zeitigt. Der Einrede hier rückwirkende Kraft beizulegen, um die Selbsthilfe als unerlaubte darzustellen, ist aber doppelt verfehlt. Denn nach erfolgter Selbsthilfe kann das Einrederecht als solches gar nicht mehr bestehen und nicht mehr geltend gemacht werden; der Anspruch geht, soweit er durch Selbsthilfe befriedigt ist, unter. Insoweit also Selbsthilfe geübt worden ist, besteht kein Forderungsrecht mehr, und gegenüber einem nicht mehr bestehenden Forderungsrecht kann die Einrede als Recht, die Leistung zu verweigern, gar keinen Sinn haben. Wird die auf Grund einredebehafteten Anspruchs zu fordernde Leistung im Wege der Selbsthilfe erlangt, so muss sich damit das Recht, die Leistung zu verweigern, in ein Recht, die verwandeln. Da es sich hier nur um einen Anspruch handelt, so kann nicht von einer Rückwirkung der Einrede gesprochen werden.

Worauf soll nun der an Stelle der Einrede tretende Rückforderungsanspruch gestützt werden? Er ist von der Lehre, soweit sie sich damit überhaupt befasst hat, einhellig und ohne Widerspruch dem § 231 BGB entnommen worden, indem man diesen Schadensersatzanspruch durch eine der beiden erwähnten Lehrmeinungen zu begründen sucht.

Unter den im § 229 BGB bestimmten Voraussetzungen [1]) ist aber die Durchsetzung des einredebehafteten, fälligen Anspruches im Wege der Selbsthilfe erlaubt und bleibt es auch nach späterer Geltendmachung der Einrede, so dass eine unmittelbare Anwendung des § 231 BGB ausgeschlossen erscheint.

Der von der Lehre gegebene Anspruch führte auch zu einem sehr unbilligen Ergebnis. Der Gläubiger, der sich bei Zutreffen der Voraussetzungen des § 229 BGB im Wege der Selbsthilfe befriedigen muss — diese bedeuten für ihn doch einen wirtschaftlichen Zwang — kan unter Umständen das Vorhandensein eines Leistungsverweigerungsrechtes gar nicht ahnen, und soll dennoch zum Schadensersatz verpflichtet sein! Man wird demgegenüber einwenden, dass gemäss § 231 BGB jede irrige Annahme der Voraussetzungen der

1) § 6, II, b) 1 bb, S. 84.

Selbsthilfe zum Schadensersatz verpflichtet, ohne dass es hierbei auf Verschulden hinsichtlich des Irrtums ankäme. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Gläubiger des einredebehafteten Anspruches gar nicht über die Voraussetzungen der erlaubten Selbsthilfe irrt, wenn er das Bestehen eines Anspruches annimmt, der ihm als fälliger trotz des Einrederechtes zusteht. Für eine Erweiterung der Abweichung von dem in Gesetz bestehenden Grundsatz der Verschuldenshaftung mittels extensiver Interpretation des § 231 liegt aber kein Anlass vor, und seine analoge Ausdehnung auf einen Fall, in dem sich der Gläubiger gar nicht über gegenwärtige Rechtsverhältnisse irrt, sondern nur ein zukünftiges, ungewisses Ereignis, die Möglichkeit berechtigten Einredevorbringens, nicht kennt oder nicht beachtet, erscheint nicht geboten.[1])

Bei Unanwendbarkeit des § 231 gibt es keine gesetzliche Bestimmung, auf die unmittelbar der Anspruch des Schuldners gegen den durch Selbsthilfe befriedigten Gläubiger gestützt werden kann. Die Rechtslage nach Befriedigung des Anspruches im Wege der Selbsthilfe ist aber derjenigen durchaus ähnlich, die besteht, wenn der Schuldner selbst den Anspruch befriedigt hat. Ist die Erfüllung des Anspruches in Wege der Selbsthilfe eine ebenso gesetzmässige, wie die Erfüllung der Verpflichtung durch den Schuldner, so ist hier wie da der Anspruch rechtmässig erfüllt, ein Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht mehr. Es ist aber hier wie da nicht untergegangen, denn es kann nicht durch Handlung des Gläubigers vernichtet werden, wenn nicht einmal die dasselbe, die Erfüllung, bewirkende Handlung des Schuldners es zum Erlöschen bringt, ohne einen Anspruch an seine Stelle treten zu lassen. Sofern diesem nicht bekannt war, dass eine Verpflichtung zur Leistung nicht bestand (§ 814 BGB). Hier wie da verwandelt sich das Leistungsverweigerungsrecht mit der Erfüllung des Anspruches in ein Rückforde-

1) Dass die Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe aber dann nicht mehr vorliegen, wenn gegenüber dem konkreten Akt der Geltendmachung des Anspruches das Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt, und damit die im Wege der Selbsthilfe geschehene Geltendmachung des Anspruches ausser Kraft gesetzt worden ist, ist oben § 6 II, b 1 bb, S. 84, bereits gesagt worden.

rungsrecht, und auch dieses Rückforderungsrecht muss m.E. das gleiche sein. Hat der Schuldner geleistet, so gibt ihm § 813 BGB das Recht, das zum Zwecke der Erfüllung Geleistete zurückzufordern, wenn dem Anspruch eine peremptorische Einrede entgegenstand. Diese Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, wenn der Gläubiger sich im Wege erlaubter Selbsthilfe befriedigt hat. Sie ist in Ermangelung einer besonderen Vorschrift auch auf den Fall entsprechend auszudehnen, dass dem Anspruch eine dilatorische Einrede entgegenstand, gleichgültig, ob der Gläubiger durch den Schuldner oder im Wege der Selbsthilfe befriedigt worden ist, allerdings mit der Massgabe, dass als ungerechtfertigte Bereicherung hier nicht die ganze Leistung, sondern nur das anzusehen ist, was der Gläubiger durch die vorzeitige Erfüllung der Verbindlichkeit [1]) erlangt hat. Die Rechte des Schuldners werden durch eine analoge Anwendung des § 813 BGB an Stelle der des § 231 BGB nicht ungebührlich beeinträchtigt. Denn hat der Gläubiger von dem Bestehen des Leistungsverweigerungsrechtes Kenntnis so kennt er den Mangel der rechtlichen Grundes bei Empfang des durch Selbsthilfe Erlangten.[2]) Auch dann ist der Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet, und somit tritt an die Stelle der im BGB nur ausnahmsweise und in § 231 anerkannten Gefährdungshaftung auch in diesem Falle eine nur auf Verschulden begründete Haftung, wie sie im Gesetz als Regel anerkannt ist.

---

1) Vor Erlöschen des Leistungsverweigerungsrechtes.

2) Er ist alsdann nach § 819 BGB vom Empfange an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre; gemäss § 818 Abs. 4 BGB haftet er also nach den allgemeinen Vorschriften. Nach den allgemeinen Vorschriften des § 292 BGB bestimmt sich vom Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten, d.h. nach § 989 BGB. Auf Grund dieser Vorschrift ist der Besitzer, hier der durch Selbsthilfe befriedigte Gläubiger von dem Eintritte der Rechtshängigkeit, hier von Kenntnis der Einrede an, dem Eigentümer, hier dem Schuldner für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht, oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.

§ 813 Satz 2 BGB, der bestimmt, dass die Vorschrift des § 222 Abs. 2 BGB unberührt bleibe, die Rückforderung des zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleisteten also ausgeschlossen ist, kann nicht analog angewandt werden. Die eingetretene Verjährung begründet für den Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht.[1]) Dieses Recht kann durch Handlung des Schuldners, nämlich durch ein Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) oder durch Erfüllung erlöschen; hierzu bedarf es aber wenigstens einer Handlung der Schuldners, dem dieses Recht nicht durch eine Handlung des Gläubigers, durch Selbsthilfe, entwunden werden kann. Die Selbsthilfe ist kein Mittel, den verjährten Anspruch unter Ausserachtlassung des schuldnerischen Widerspruches zu verwirklichen. Auch auf den verjährten und im Wege der Selbsthilfe befriedigten Anspruch ist daher die Vorschrift des § 813 Satz 1 BGB analog anzuwenden.

II. a) Haben wir der Geltendmachung der Einrede eine bleibende Wirkung gegenüber dem Anspruche versagt, so tritt diese erst durch und mit der Rechtskraft des auf Grund geltendgemachter Einrede klageabweisenden Urteils ein.[2])

Es soll hier nicht mehr als notwendig auf die mit der Rechtskraft verbundenen Streitfragen eingegangen werden. Für unsere Untersuchung kann dahingestellt bleiben, ob das Urteil materielles Recht zwischen den Parteien erzeugt (so die materielle Rechtskrafttheorie: Kleinfeller, Pagenstecher, Mendelssohn-Bartholdy) oder nur einen staatlichen, den Richter und die Parteien an die ausgesprochene Rechtsfolge bindenden Hoheitsakt darstellt, (wie die prozessuale Rechtskrafttheorie: Hellwig, Goldschmidt lehrt) oder ob der

1) § 222 BGB.

2) Für die zur Verurteilung führenden dilatorischen Einreden bietet die Rechtskraft keine Besonderheiten. Die Wirkung der Einrede zeigt sich hier lediglich in der Vollstreckung, indem ein unmittelbarer Austausch der Leistungen stattfindet.

vermittelnden Theorie (Krückmann) zuzustimmen ist.[1]) Wir dürfen aber davon ausgehen, dass die Wirkung der Rechtskraft als dem Prozessrecht entstammend, eine einheitliche ist, die nicht die Besonderheiten des materiellen Rechtes berücksichtigen kann.

Die Rechtskraft des Urteils bedeutet nach der heute herrschenden Ansicht nicht das Verbot abermaliger,[2]) sondern nur das Verbot abweichender Entscheidung desselben Sachverhaltes zwischen den Parteien.[3])

Die Rechtskraft verewigt also die an einem Sachverhalt geknüpfte Rechtsfolge. Derselbe Sachverhalt kann (abgesehen von der Wiederaufnahme des Verfahrens) nie abweichend beurteilt werden. Der an sich möglichen Klage aus demselben Sachverhalt mangelt das Rechtsschutzinteresse.

b) Die notwendige Einheitlichkeit der Rechtskraftwirkung, die Erwägung, dass sie nur dem Prozessrecht zu entnehmen ist, stehen den Lehrmeinungen entgegen, die für den auf Grund der Einrede abgewiesenen Anspruch eine besondere Wirkung der Rechtskraft konstruieren wollen.

---

1) Es darf aber doch, ohne auf die von den beiden Lehrmeinungen vorgebrachten Argumente näher einzugehen, behauptet werden, dass die prozessuale Theorie heute die herrschende ist; sie wird der Aufgabe und dem Vermögen des Richters am ehesten gerecht. Denn seine Aufgabe ist es nicht, durch Urteil Rechte zwischen den Parteien zu verändern; das Urteil soll nur die Feststellung der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bestehenden Rechtslage zwischen den Parteien enthalten. Gegenüber der unter Umständen bestehenden Unmöglichkeit der Erkenntnis dieser Rechtslage, gegenüber den immer möglichen Zweifeln an der Richtigkeit der vom Richter ausgesprochenen Rechtsfolge, verlangt die Rechtssicherheit eine endgültige Feststellung und darin allein besteht der Zweck der Rechtskraft. Der Staat erklärt den vom Richter im Urteil angenommenen Rechtszustand für endgültig, aber er will damit kein materielles Recht schaffen. Quellen materiellen Rechtes sind grudsätzlich Parteiwille und Gesetz, nicht der Ausspruch des Richters.

2) So Binder a.a.O., S. 312 und Schwarz, a.a.O., S. 29.

3) Hellwig „Anspruch und Klagrecht", S. 255 und „Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft", S. 12; Pagenstecher, a.a.O., S. 344; Rosenberg, Bd. I, § 152; Gaupp-Stein-Jones, § 322, II, 1, II, 3; Kleinfeller, § 70 V, b, 3. Der Richter kann gar nicht immer wissen, ob über eine Sache bereits rechtskräftig entschieden ist. Bestände aber ein staatsrechtliches Verbot, über denselben Sachverhalt noch einmal zu verhandeln, so wäre ein später etwa ergehende Urteil nichtig.

Unhaltbar ist daher die Ansicht von Suppes [1]) und Friedenthal,[2]) dass die Rechtskraftwirkung des auf Grund geltendgemachter Einrede klageabweisenden Urteils die Vermutung begründe, der Einredeberechtigte werde sich in einem kommenden Verfahren wieder auf die Einrede berufen, und dass diese Vermutung erst vom Kläger widerlegt werden müsse, um ein zusprechendes Urteil zu erwirken. Die Rechtskraft des Urteils begründet ihrem Wesen und ihrem Zweck nach keine Vermutung, sondern eine Sicherheit; ausserdem haben Suppes und Friedenthal keinen Grund dafür angeführt, dass die Rechtskraftwirkung in diesem Falle eine so spezielle und von der generellen abweichende sein soll.

Zur Erklärung der Rechtskraftwirkung und insbesondere des bestehenden Unterschiedes zwischen der Wirkung des auf Grund dilatorischer und des auf Grund peremptorischer Einrede abweisenden Urteils können wir von zwei sich ständig gleichbleibenden Begriffen ausgehen: der Wirkung der Einrede und der Wirkung der Rechtskraft. Die Verschiedenheit zwischen beiden Urteilen, die darin besteht, dass der auf Grund dilatorischer Einrede abgewiesene Anspruch nach Fortfall des Einrederechtes erneut erhoben werden kann, der auf Grund peremptorischer abgewiesene aber nicht mehr, kann also nur in der Dauer des Einredebestehens begründet sein.

Wird durch die Rechtskraft des Urteils die vom Richter ausgesprochene Rechtsfolge verewigt, so ist deren Wirkung für den einredebehafteten Anspruch die, dass die im Prozes erfolgte Entkräftung der einmalige Geltendmachung des Anspruches hiermit zu einem Dauerzustand wird, und zwar zu einem Zustand, der ewig besteht und sich nur dann ändern kann, wenn durch Fortfall des Einrederechtes der Sachverhalt ein anderer wird.

Die Möglichkeit des Fortfalls des Einrederechtes und damit der Aenderung des Sachverhaltes ergibt sich in dem wegen d i l a t o r i s c h e r Einrede abweisenden Urteil aus den Gründen. Die im Urteil ausgesprochene Entscheidung, die Abweisung des Klageanspruches, wird durch die Rechtskraft

1) a.a.O., S. 38.
2) a.a.O., S. 68.

des Urteils also nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt, der gleich ist mit dem Bestande des dilatorischen Einrederechtes aufrechterhalten. Solange das Einrederecht besteht, kann der rechtskräftig abgewiesene Anspruch, auch wenn er rechtlich besteht, nicht mehr zuerkannt werden, er ist daher nicht nur in dem einzelnen Akt seiner Geltendmachung, sondern dauernd entkräftet, und diese fortwährende Entkräftung des Anspruches durch die ihm gegenüberstehende Einrede wird als „Hemmung" des Anspruches bezeichnet.

Auch für den mit peremptorischer Einrede behafteten Anspruch bedeutet die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils zunächst nur eine Hemmung. Es ist eine andere und weitere Frage, ob diese ewig fortbestehende Hemmung, der bleibende Mangel der Durchsetzbarkeit, sich mit dem Wesen des Anspruches verträgt. Ihre Entscheidung hängt davon ab, ob man die Durchsetzbarkeit als integrierenden Bestandteil des Anspruches ansieht oder nicht. Diese in der Wissenschaft allerdings viel erörterte Frage, mangelt ebenso wie die ob der Anspruch durch die Rechtskraft des auf Grund peremptorischer Einrede abweisenden Urteils vernichtet werde oder nicht, jeder erkennbaren praktischen Bedeutung. Wenn Gaupp-Stein-Jonas [1]) einen Unterschied zwischen Hemmung und Vernichtung darin erkennt, dass die Vernichtung des Anspruches notwendig auch allen Dritten und allen Staatsbehörden gegenüber wirken müsse, so ist es nicht möglich einzusehen, welches Interesse ein Dritter an dem Bestande eines ewig gehemmten Anspruches haben kann und welche Rechte er daraus herleiten soll. Im Interesse der Vollständigkeit sollen diese Streitfragen dennoch nicht übergegangen werden.

Wer dem nicht durchsetzbaren Anspruch die Existenz abstreitet, muss sich mit der im Gesetz anerkannten obligatio naturalis auseinandersetzen und behaupten, dass sie keinen Anspruch darstelle (so in der Tat Hellwig).[2]) Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die obligatio naturalis im Gesetz in-

1) § 322, II, 1.
2) „Anspruch und Klagrecht", S. 13, Anm. 22.

sofern anerkannt wird, als sie geeignet ist, den Rechtsgrund einer Leistung zu bilden (s. §§ 762, Satz 2, 656, S. 2 BGB).

Wenn man aber bedenkt, dass der auf Grund peremptorischer Einrede abgewiesene Anspruch nie wieder durchgesetzt werden kann, dass er nicht einmal geeignet ist, die causa freiwilliger Erfüllung zu bilden,[1]) dann kommen allerdings diejenigen, die seine Vernichtung bei mangelnder Klagbarkeit behaupten,[2]) dem praktischen Ergebnis am nächsten.

Hat aber die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen des ewig gehemmten Anspruches nur theoretische Bedeutung, so sind bei ihrer Beantwortung auch theoretische Gesichtspunkte in den Vordergrund zu stellen und die theoretische Betrachtung spricht gegen die Annahme einer Anspruchsvernichtung durch die Rechtskraft des Urteils, weil sie eine Scheidung zwischen materiellen und Prozessrecht vermissen lässt. Denn wenn die Rechtskraft als Institut des Prozessrechts den Anspruch vernichtete, der nach materiellem Recht fortbesteht, so würde durch das Recht des Verfahrens das Recht zum Verfahren geändert. Das Verfahrensrecht hat aber nur die Verwirklichung, nicht den Inhalt des materiellen Rechtes zu bestimmen.

Im Sinne der im geltenden Recht durchgeführten Scheidung zwischen materiellem und Prozessrecht erscheint daher dennoch die Anerkennung der Schattenexistenz des ewig gehemmten Anspruches geboten, und es ist den Lehrmeinungen beizupflichten, die ihn nur wesentlicher, aber nicht integrierender Bestandteile beraubt sehen.

M. E. besteht deren Verschiedenheit untereinander nur noch im Ausdruck.

---

1) Vgl. Endemann, Bd. I, § 88, 3 a.

2) So Endemann, Bd. I, § 88, S. 517; Siber „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis", S. 147; Soergel, § 222; Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II, S. 271; Brütt, a.a.O., S. 73, Kroll, a.a.O., S. 27 und Geier, a.a.O., S. 32; Hölder „Ueber Ansprüche und Einreden" in Jhering, Bd. 93, S. 75 begründet die gleiche Ansicht damit, dass ein Recht, das seine Wirksamkeit verloren habe, auch seiner Existenz beraubt sei, und vermeidet so die Unterscheidung zwischen einem bestehenden, aber ewig unwirksamen und dem erloschenen Recht.

Enneccerus,[1]) Crome,[2]) Soergel,[3]) und Friedenthal[4]) nennen den abgewiesenen Anspruch „entkräftet", Warneyer,[5]) von Tuhr,[6]) Zitelmann,[7]) Leonhard,[8]) Geier,[9]) Kohler[10]) „gehemmt"; Staffel[11]) und Wendt[12]) „unwirksam". Mit diesen Worten ist aber noch nicht der Unterschied zwischen dem einredebehafteten abgewiesenen und dem nichtbestehenden Anspruch gekennzeichnet. Diesen erklären Oertmann[13]) und ihm folgend Wendt und Staffel zutreffend damit, dass der einredebehaftete Anspruch des Rechtsschutzinteresses und damit der Klagbarkeit beraubt sei und somit zur obligatio naturalis herabsinke.[14]) Theoretisch besteht also der auf Grund peremptorischer Einrede abgewiesene Einspruch schemenhaft bis in alle Ewigkeit fort und ist als ewig gehemmter von dem vernichteten zu unterscheiden.

1) § 208, I, 4.
2) Bd. I, § 36, S. 190.
3) § 222.
4) a.a.O., S. 71.
5) § 194, II.
6) § 17, III.
7) Grundriss, S. 27 ff.
8) § 62, S, 222.
9) a.a.O., S. 32.
10) a.a.O., S. 188.
11) a.a.O., S. 4.
12) a.a.O., S. 151.
13) Vorbem. 194, 2 c.
14) Ebenso Zitelmann.

§ 8.

Der Einredeverzicht.

1. a) Es bliebe noch die Frage, der Verzichtbarkeit der Einrede zu erörtern. Auch diese ist, wie alle übrigen mit der Einrede zusammenhängenden Probleme, sehr umstritten. Bei dem Einredeverzicht handelt es sich nicht darum, dass auf eine Einrede dadurch „verzichtet" werden kann, dass sie im Prozess verschwiegen wird. Die Präclusion durch Nichtausübung ergibt sich aus der Rechtskraftwirkung des Urteils und sie hat nichts Besonderes und für die Einrede Charakteristisches an sich. Denn verschwiegen werden kann im Prozess jegliche Tatsache, selbst eine solche, die von Amtswegen zu berücksichtigen ist. Bei dem Einredeverzicht in dem zu erörternden Sinne handelt es sich vielmehr um eine den Berechtigten bindende auf Rechtsgeschäft, nicht auf Rechtshandlung beruhende Aufgabe des entstandenen Leistungsverweigerungsrechtes für die Zukunft.[1]) Dieser Verzicht auf das Einrederecht ist ebenfalls zu unterscheiden von der oben [2]) behandelten Möglichkeit des einseitigen Verzichtes auf die Wirkung seiner Ausübung.

b) Auch nicht überall da, wo im Gesetz von einem „Verzicht" oder „Ausschluss" der Einrede gesprochen wird, liegt ein regelrechter Verzicht vor.

So lässt § 773 BGB einen „Verzicht" auf die Einrede der Vorausklage seitens des Bürgen zu. Dabei handelt es sich aber gar nicht um die Aufgabe eines bestehenden Rechtes, denn dieser „Verzicht" wird ja schon bei Eingehen der Bürgschaft vereinbart, während die Einrede erst dann entsteht, wenn die Erfüllung des gesicherten Anspruches gefordert werden kann. Hier liegt also lediglich eine Modifizierung der einzugehenden Verpflichtung vor, dergestalt, dass ein unter Umständen zur Entstehung gelangendes Recht von vornherein vertraglich ausgeschlossen wird, man kann aber nur

1) Die Verwechselung von Nichtausübung und Verzicht auf die Einrede findet sich vielfach in der Lehre, so auch im Komm. d. Reichsgerichtsräte Bd, I, § 222.

2) § 6, III a 2, S. 94.

auf ein Recht „verzichten", das man bereits erworben hat; der Verzicht verlangt die Aufgabe eines bereits bestehenden Rechtes.

Ein solcher vertraglicher Ausschluss des möglicherweise erst entstehenden Einrederechtes, nicht der Verzicht auf die bereits bestehende Verjährungseinrede, wird durch § 225 BGB verboten, wonach die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden kann. Beide Bestimmungen besagen für den Verzicht auf das entstandene Einrederecht nichts, und es kann ebensowenig aus § 773 BGB seine generelle Zulässigkeit, wie aus § 225 BGB seine Unzulässigkeit entnommen werden.[1])

c) Man wird mit der herrschenden Lehre[2]) darin übereinstimmen, dass eine Aufgabe des Einrederechtes allgemein möglich ist, soweit eine solche nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst (§§ 134, 138 BGB), d.h. insoweit als das durch sie unbeschränkt werdende Recht nach den allgemeinen Grundsätzen von vornherein ohne Beschränkung hätte begründet werden können.[3]) Eccius[4] behauptet jedoch, die Unmöglichkeit eines Verzichtes auf solche Einreden, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, weil ein Verzicht in diesen

1) A. A. Staudinger-Riezler, § 222, 4.

2) Motive, Bd. I, S. 360; Warneyer, Bd. I, § 194, II u.a.

3) So kann z.B. der Schenker nicht auf das Recht, die Erfüllung seines Versprechens zu verweigern, (§ 519 BGB) verzichten, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ausserstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne dass sein standesgemässer Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. Ein solcher Verzicht zu Gunsten des Beschenkten würde gegen die guten Sitten verstossen und nach § 138 BGB nichtig sein. Denn es würde hierdurch bewirkt, dass der Schenker ohne Not der Wohlfahrtsunterstützung zur Last fällt. Darin kann auch ein Verstoss gegen § 361, Ziff. 10 StGB liegen, wonach derjenige strafbar ist, der, obschon er in der Lage ist diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich dieser Pflicht derart entzieht, dass durch Vermittelung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muss. Die Nichtigkeit eines solchen Verzichtes würde sich in diesem Falle auch aus § 134 BGB ergeben, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstösst. Vgl. Hölder in ZZP, Bd. 29, S. 73 ff.

4) In Gruchot, Bd. 50, S. 5; ebenso Walsmann.

Fällen — wie z.B. bei der Verjährungseinrede der — juristischen Haltbarkeit mangele. Dagegen wird die Verzichtbarkeit auch dieser Einrede von der Praxis des Reichsgerichts [1]) und der herrschenden Lehre[2])anerkannt; sie ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im BGB und da auch das Gesetz selbst von einem Verzicht auf Einreden spricht (vgl. §§ 758, 1211 BGB in denen vom Verzicht des Hauptschuldners auf bereits entstandene Einreden die Rede ist), ist die Möglichkeit des Einredeverzichtes kaum zu bestreiten.

II. a) Um so bestrittener bleibt die Form des hierzu erforderlichen Rechtsgeschäftes, die Frage, ob zu wirksamen Verzicht auf die Einrede eine einseitige Willenserklärung genügt oder ein Vertrag erforderlich ist. Hierfür gibt der vom Gesetz gewählte Ausdruck „Verzicht" keinerlei Anhaltspunkte, weil das Gesetz mit diesem Worte überhaupt keinen bestimmten Begriff verbindet.[3]) In § 773, Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage, (aus dem Cohn [4]) allerdings die Möglichkeit des einseitigen Einredeverzichtes begründet) ist unter Verzicht der Ausschluss eines zukünftigen Rechtes zu verstehen, der im Wege des Vertrages erfolgt.[5]) Wenn dagegen gemäss § 376 BGB der hinterlegende Schuldner mit gewissen Wirkungen auf das Recht der Rücknahme der hinterlegten Sache „verzichten" kann, so vollzieht sich hier der Verzicht zweifellos in Form einer einseitigen Willenserklärung, da hier eine erforderliche Mitwirkung eines anderen gar nicht in Frage kommen kann. Das zum Verzicht auf die Einrede erforderliche Rechtsgeschäft ist mangels eines dem Worte selbst zu entnehmenden Hinweises

1) Entscheidg., Bd. 70, S. 130.

2) Siehe Staudinger-Riezler, Bd. I, § 194, 8; Regelsberger in Jhering, Bd. 41, S. 336; Lenel, a.a.O., S. 131; Neumann, a.a.O., S. XLIII.

3) Walsmann (a.a.O., S. 117) will dem Wort „Verzicht" eine einheitliche Bedeutung geben, indem er darunter die Aufgabe eines Rechtes durch einseitige Willenserklärung versteht. Es erscheint aber bedenklich, eine Terminologie in der Lehre auszubilden, die nicht der des Gesetzes entspricht.

4) In Gruchot, Bd. 47, S. 272.

5) Vgl. oben § 8, I b), S. 109.

durch Auslegung des Gesetzes und aus der Rechtsnatur der Einrede zu ermitteln.

Die Ansicht, dass ein Verzicht durch einseitige Willenserklärung genüge, wird von einer verbreiteten Lehrmeinung vertreten.[1])

Für die Möglichkeit des Verzichtes durch einseitige Erklärung spricht die Erwägung, dass die Einrede allein im Interesse des Berechtigten gegeben ist, und ihr Bestand insofern von dessen Willen abhängt, als er allein sie durch Verschweigen zum Untergang bringen kann. Somit bestände kein anzuerkennendes Rechtsschutzinteresse, den Einredeberechtigten gegen Schwankungen seines eigenen Willens zu schützen. Aber es fragt sich, ob diese praktische Erwägung mit dem Gesetz in Einklang gebracht werden kann; denn dass sie den Gesetzgeber nicht grundsätzlich leitet, zeigt sich beim Anspruch, auf den nicht einseitig verzichtet werden kann, obwohl auch er nur im Interesse seines Inhabers besteht. Vielmehr ist gemäss § 397 BGB zu seiner Aufgabe ein Erlass vertrag erforderlich.

Wer die Möglichkeit eines Einredeverzichtes durch einseitige Erklärung behauptet, hat sich mit der Bestimmung des des Inhaltes eines Schuldverhältnisses ein Vertrag erforderlich ist.

Die Anwendung dieser Bestimmung auf die Aufgabe des Einrederechtes suchen die Fürsprecher des einseitigen Einredeverzichtes [2]) zum Teil dadurch zu umgehen, dass sie, allerdings ohne jede Begründung, behaupten, durch Beseitigung der Einrede werde der Inhalt des Schuldverhältnisses überhaupt nicht berührt.

Wir haben oben [3]) gezeigt, wie die Rechtslage insbesondere der Inhalt des Anspruchs durch das Entstehen des Leistungsverweigerungsrechtes verändert wird. Bewirkt aber

---

1) Walsmann, a.a.O., S. 198; Oertmann, Bd. I, Vorb. 194, N. 2; Endemann, Bd. I, § 149, 3; Hellwig, Zivilprozess, Bd. I, § 36, 7; RGR, Komm. I, § 222; Langheineken, a.a.O., S. 285 u. Cohn in Gruchot, Bd. 47, S. 272. § 305 BGB auseinanderzu setzen, laut welcher zur Aenderung

2) Caspers, a.a.O., S. 45; Walsmann, a.a.O., S. 119 und Cohn in Gruchot, Bd. 47, S. 272.

3) § 2, VI b), S. 32 ff.

die Entstehung eines Rechtes eine Aenderung des Anspruches und der Rechtsbeziehungen, so muss auch sein Untergang eine solche zur Folge haben; wird also der Inhalt des Schuldverhältnisses durch den Eintritt der Einrede berührt, so muss er auch von seinem Untergange ebenso stark rechtsändernd betroffen werden. Schon der Hinweis darauf, dass mit dem bisher einredebehafteten Ansprüche nunmehr aufgerechnet werden kann, genügte, um eine Veränderung des Schuldverhältnisses in seinem Inhalte festzustellen.[1])

Die Aufgabe des Einrederechtes bedeutet eine Veränderung des Inhaltes des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses dergestalt, dass die sich aus ihm ergebende, bisher hemmbare Verpflichtung des Schuldners, zu einer vollstarken, unhemmbaren wird. Mit der Begründung, dass das Schuldverhältnis durch den Untergang des Einrederechtes nicht berührt werde, kann also die Anwendung des § 305 BGB nicht umgangen werden. Seine Nichtanwendung liesse sich nur dadurch rechtfertigen, dass das Gesetz für den Einredeverzicht Sonderbestimmungen getroffen habe. Die Zulässigkeit eines einseitigen Einredeverzichtes könnte sich aus den §§ 222,[2]) 1718 BGB ergeben, die die Aufgabe der Einrede der Verjährung bezw. der exceptio plurium in der Weise regeln, dass eine einseitige, allerdings formstrenge Erklärung ihren Untergang bewirkt.

Gemäss § 222 BGB genügt zum Verzicht auf die Folgen der eingetretenen Verjährung, also auf die Verjährungseinrede, ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB, während auf die exceptio plurium lt. § 1718 BGB durch einseitige Erklärung vor Gericht verzichtet werden kann.

Diese Bestimmungen dürfen abgesehen davon, dass in beiden Fällen die abzugebende einseitige Willenserklärung einer Form bedarf, nicht auf alle Einreden übertragen und als Grundsatz für die Aufgabe der Einrede angesehen werden. Denn — worauf Walsman[3]) mit Recht aber ohne Begründung hingewiesen hat — diese Paragraphen sind nicht Ausdruck des Verzichts-, sondern des Verpflich-

1) Vgl. oben § 5 I a, S. 73.
2) So Hellwig, Lehrb. § 36, Anm. 7.
3) a.a.O., S. 126.

tungsgedankens. Der innere Grund dieser Bestimmungen ist nicht, dass sie den Verzicht auf bestimmte Einreden erleichtern oder gar eine besondere Regel für den Einredeverzicht im allgemeinen aufstellen sollen, sondern sie beruhen auf der Eigenart dieser konkreten Fälle, bei denen der Gesetzgeber ein Interesse an dem Bestehen einer Verbindlichkeit hat.

Denn bei der Verjährung billigt der Gesetzgeber lediglich den Zweck, die Sicherheit des Rechtszustandes, aber nicht das Mittel, das eine ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners bedeutet. Wo daher das Ziel, die Feststellbarkeit der Rechtslage, auch ohne das missbilligte Mittel erreichbar ist, kann man des Mittels entraten. Daher erübrigen sich die Folgen der Verjährung, wenn trotz eingetretener Verjährung geleistet worden ist (§ 813 Abs. 2 BGB) oder durch Schuldanerkenntnis die Rechtslage unzweifelhaft feststeht (§ 222 Abs. 2 BGB). Bei der exceptio plurium haben naheliegende politische Erwägungen zu der Erleichterung der Verpflichtungsmöglichkeit geführt. Ob in diesen Fällen bei dem Erklärenden der Verzicht- oder der Verpflichtungsgedanke im Vordergrund steht, ist nicht zu untersuchen. Für den Gesetzgeber ist jedenfalls das Verpflichtungsmoment, d.h. die Begründung oder Erhaltung eines Rechtes in diesen Bestimmungen ausschlaggebend, und daher könn enaus diesen Paragraphen keine Regeln für den Verzicht, den Untergang von Rechten, abgeleitet werden, abgesehen davon, dass er sich hier um Ausnahmeregeln handelt, die im allgemeinen nicht extensiv zu interpretieren sind.

Nicht nur durch unmittelbare Anwendung des Gesetzes hat man die Möglichkeit des einseitigen Einredeverzichtes zu beweisen versucht, sondern die Vertreter dieser Lehrmeinung [1]) haben ihre Ansicht auch aus der Rechtsnatur der Einrede begründen wollen, indem sie sich auf die Analogie mit dem Gestaltungsrecht, insbesondere mit dem Anfechtungsrecht [2]) berufen, auf das nach ihrer Ansicht durch Bestätigung einseitig verzichtet werden kann.

1) Wie Langheineken, a.a.O., S. 285.
2) Vgl. Oertmann, Vorb. 194, N. 2 d u. Langheineken, a.a.O., S. 285; Hellwig, Lehrb., § 36, Anm. 7.

Gemäss § 144 BGB ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Nun ist aber die Analogie der Einrede mit dem Gestaltungs- und insbesondere dem Anfechtungsrecht nach dem oben gezeigten Gegensatz zwischen den beiden Rechtsinstituten ganz und gar abzulehnen, und sie lässt sich keinesfalls dadurch rechtfertigen, dass es sich — worauf Langheineken verweist — in beiden Fällen um Befugnisse handelt. Denn der Begriff der Befugnis ist zu weit, um aus ihm bestimmte Folgerungen zu ziehen.[1])

Aber auch wenn die Einrede wirklich ein Gestaltungsrecht wäre, so rechtfertigte auch das noch nicht schlechthin die Möglichkeit eines einseitigen Rechtsverzichtes. Denn auch auf Gestaltungsrechte kann grundsätzlich n i c h t einseitig verzichtet werden.[2]) Sonst würde sich die Bestimmung des § 144 BGB erübrigen, da dann an und für sich schon die einseitige Erklärung eines Gestaltungsberechtigten genügte, das Rechtsgeschäft vom dem Mangel der Anfechtbarkeit zu heilen. Seckel erkennt dort Ausnahmen von dem Grundsatz des vertraglichen Verzichtes auf das Gestaltungsrecht an, wo das Gesetz dies ausdrücklich zulässt, wie z.B. im Falle des § 144 BGB. M.E. handelt es sich in diesen Fällen aber um Gestaltungsrechte eigener Art, denn auch durch Beseitigung des Gestaltungsrechtes werden die Rechtsbeziehungen verändert, indem das Anfechtungsrecht vernichtet wird und der Bestätigende, der die rechtliche Macht hat, diese Veränderung durch einseitige Willenserklärung aufzuheben, hat ein selbständiges Gestaltungsrecht. Ein solches steht nicht jedem Gestaltungsberechtigten ohne weiteres zu, wie z.B. der zur Aufrechnung Berechtigte das Aufrechnungsrecht nicht durch einseitige Erklärung zum Erlöschen bringen kann.[3])

Rechtfertigte also selbst die Subsumption der Einrede unter das Gestaltungsrecht nicht die Möglichkeit des einseitigen Verzichtes auf die Einrede, so steht eine solche erst recht zu der Rechtsnatur der Einrede als Rechtswahrungsrecht in Widerspruch.

---

1) Vgl. Oertmann, Vorb., 194, 2.
2) Vgl. Seckel, a.a.O., S. 230.
3) A.A. allerdings auch hier Walsmann, a.a.O., S. 198.

Die Merkmale des Rechtswahrungsrechtes bestehen darin, dass durch seine Ausübung keine Aenderung der Rechtsbeziehungen herbeigeführt wird und diese nicht jederzeit frei erfolgen kann, vielmehr immer die Handlung eines Dritten zur Voraussetzung hat. Da nun durch Beseitigung der Einredemöglichkeit aus dem Schuldverhältnisse eine Veränderung seines Inhaltes und damit der Rechtsbeziehungen eintritt, so wäre der Einredeberechtigte, könnte er auf die Einrede einseitig verzichten, in der Lage, in diesem Sinne die Rechtsbeziehungen durch einseitige Willenserklärung zu gestalten. Er könnte ferner aber auch von seinem Rechte jederzeit nach dieser Richtung hin Gebrauch machen, ohne dass es dazu der notwendigen Voraussetzung seiner Ausübbarkeit, der Geltendmachung des Anspruches, bedürfte.

b) Der einseitige Verzicht auf die Einrede steht mithin in Widerspruch zu ihrer Rechtsnatur als Rechtswahrungsrecht; er bedeutete ein selbständiges Gestaltungsrecht, und ein solches kann mangels irgend einer gesetzlichen Grundlage nicht angenommen werden. Es liegt also kein Anlass vor, aus der Rechtsnatur der Einrede die Anwendung des § 305 BGB abzulehnen, im Gegenteil, gerade sie spricht für das Erfordernis des Vertrages zum wirksamen Einredeverzicht.[1])

Man muss m.E. schon deshalb zum Verzicht auf die Einrede einen auf § 305 BGB gestützten Vertrag verlangen, weil

---

1) Dieser Ansicht denn auch die überwiegende Lehrmeinung: Windscheid-Kipp, § 47; Planck-Siber, Bd. II, § 305; Staudinger-Riezler, § 305; Fischer-Henle, § 222; Eccius in Gruchot, Bd. 50, S. 5 (dieser allerdings mit Ausnahme der oben erwähnten Fälle, in denen seiner Ansicht nach ein Verzicht überhaupt unmöglich ist). Küntzel in Gruchot, Bd. 41, S. 434; Suppes, a.a.O., S. 15; Hölder in ZZP, Bd. 29, S. 73 ff; Rümelin in Arch. f. ziv. Praxis, B. 98, S. 343; Neumann, Bd. I, S. XLIII; Langheineken, a.a.O., S. 205 und Enneccerus, § 207. Enneccerus erfordert einen Vertrag jedoch nur für die unselbständigen Einreden, während er bei den selbständigen Einreden die Möglichkeit des einseitigen Verzichtes einräumt, weil nur die unselbständigen Einreden eine Funktion des Rechtes seien und nur mit ihm aufgehoben werden könnten. Zu einer Unterscheidung in der Behandlung der selbständigen und unselbständigen Einreden hinsichtlich der Frage ihrer Verzichtbarkeit liegt aber kein Anlass vor, sie ist auch irreführend insofern, als sich eine Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Einreden mitunter schwer durchführen lässt.

sich eine andere Rechtsgrundlage für das wiedererstarkte Gläubigerrecht sich schwerlich finden lässt.

Denn wie anders soll der Anspruchsinhaber die Erstarkung seines Rechtes geltend machen? Ein Unterlassungsanspruch gegen den Einredeberechtigten wird ihm von niemanden gewährt, weil diese Konstruktion wohl mit Recht als zu gesucht und fernliegend angesehen wird.

Manche geben dem Kläger im Falle des Verzichtes eine Einrede gegen die vom Schuldner geltend gemachte Einrede eine Replik. Die Konstruktion einer Einrede erscheint aber hier unangebracht, vielmehr muss der Richter den Verzicht von Amtswegen berücksichtigen. Der Anspruch des Gläubigers stützt sich eben nicht mehr auf das ursprüngliche, sondern auf das gemäss § 305 BGB durch Vertrag in seinem Inhalte geänderte Schuldverhältnis, in dem die Einrede gar nicht mehr besteht und darum auch durch Replik nicht mehr entkräftet zu werden braucht. Durch eine solche Anwendung des § 305 BGB gewinnt der Verzicht auf die Einrede eine rechtliche, dem Gesetze zu entnehmende Grundlage und die einfachste Erklärung seiner Durchsetzbarkeit.[1])

Ob das somit festgestellte Erfordernis eines Vertrages zur Aufhebung des Einrederechtes ein wünschenswertes Ergebnis ist, mag dahingestellt bleiben. Auch der zum Verzicht auf den Anspruch notwendige Erlassvertrag wird ja de lege ferenda angegriffen, da es doch allein im Belieben das Gläubigers steht, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen will. Warum sollte er es nicht durch einseitige Erklärung zum Erlöschen bringen können, hevor es infolge seines alleinigen Willensentschlusses durch Verschweigen untergeht? Da aber das Gesetz für Rechtsgeschäfte grundsätzlich einen Vertrag verlangt und in Anbetracht der weiten Fassung des § 305 BGB lässt sich de lege lata das Erfordernis eines Vertrages zum wirksamen Verzicht auf die Einrede nicht umgehen.

---

1) Für die Anwendung des § 305 Staudinger-Riezler, § 305; Windscheid-Kipp, Bd. I, § 47; Rümelin in Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 98, S. 343; Suppes, a.a.O., S. 15.

III. a) Der Verzichtvertrag wird wohl regelmässig dergestalt vor sich gehen, dass der Einredeberechtigte die Offerte zu einem solchen Vertrage macht, und in dem Schweigen die Zustimmung des Gläubigers und die Annahme durch konkludente Handlung zu erblicken ist, so dass sich dieser Verzichtvertrag äusserlich gewöhnlich wenig von der Vornahme eines Rechtsgeschäftes durch einseitige Willenserklärung unterscheidet.

b) Ausnahmsweise wird man den formlosen Vertrag zur Beseitigung der Einrede aber nicht genügen lassen, nämlich dann, wenn der Verzicht auf die unselbständige Einrede gleichzeitig den Verzicht auf ein ihr zugrundeliegendes Recht bedeutet, dessen Aufhebung die Innehaltung gewisser Formvorschriften verlangt.[1]) So bedeutet beispielsweise der Verzicht auf die Einrede des Rechtes zum Besitze (§ 986 BGB) seitens des Niessbrauchers am Grundstücke gegenüber dem Eigentümer die Aufgabe des Niessbrauches selbst. Würde hier ein formloser Vertrag genügen, so wäre der Niessbraucher auf Grund des wieder vollstarken Eigentumsanspruches zur Herausgabe des Grundstückes zu verurteilen, könnte aber, da er im Grundbuche noch zu Recht als Niessbraucher eingetragen ist, sogleich von dem Eigentümer die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen. Um solch widersinniges Ergebnis zu vermeiden, muss gefordert werden, dass hier der Verzicht auf die Einrede ohne Verzicht auf das ihr zugrundeliegende Recht nicht möglich ist. Infolgedessen bedarf der wirksame Verzicht auf diese Einrede der Einwilligung des Niessbrauchers und der Löschung des Niessbrauches im Grundbuch. Erwachsen dagegen aus dem Einredeverzicht Rechte für den Gläubiger, so brauchen diese nicht formgerecht neu begründet zu werden, sondern diesen Rechten kommen die vorher getätigten Formen des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes zugute, da es sich nicht — wie bei der Anfechtung — um eine Neubegründung, sondern nur um eine Aenderung des bereits bestehenden Schuldverhält-

1) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. I, § 47; Oertmann, Vorb. 194, Note 2 d; Eccius, a.a.O.; A. A. Rümelin, a.a.O., S. 343, der einen vertraglichen Verzicht aus der Analogie mit dem einseitig aufhebbaren Anfechtungsrecht bei allen Einreden ausreichen lässt, und jegliche weitere Erschwerung des Verzichtes ablehnt.

nisses handelt.[1]) So ist der Verzicht auf eine peremptorische Einrede gegen den Auflassungsanspruch formlos gültig, wenn die Verpflichtung zur Auflassung gerichtlich oder notariell beurkundet ist. Formstreng ist also nie der Verzichtvertrag als solcher, nur ist zu seiner Wirksamkeit bei unselbständigen Einreden die Beseitigung des zugrundeliegenden Rechtes notwendig und die Form dieser Rechtsaufhebung ist zu wahren.

IV. a) Der Verzicht auf die Einrede begründet keinen neuen Anspruch, sondern lässt nur den geschwächten Anspruch wieder vollwirksam werden. Gerade darin liegt ja [2]) ein wesentlicher Unterschied zwischen Einrede und Anfechtung, dass die von der Einrede betroffene Forderung selbst nach Ausübung der Einrede nicht neu begründet zu werden braucht, um wieder vollwirksam zu werden, sondern dass hierzu schon der Verzicht auf die Einrede genügt.

b) Damit beantwortet sich die Frage, ob nach dem Einredeverzicht, die für den durch den Verzichtvertrag von der Einrede befreiten Anspruch bestellten Bürgen, Pfänder und andere dingliche Sicherungen verhaftet bleiben. Bejahen wir die Ilentität des Anspruches, so mussen diese Sicherungen für die Forderung auch dann bestehen bleiben, wenn sie sich nur mittelbar aus dem alten Schuldverhältnis, unmittelbar aber aus dem durch den Verzichtvertrag geänderten herleitet. Denn sie sind für die bestimmte F o r d e r u n g, nicht aber für einen bestimmten V e r t r a g bestellt. Für die Frage ihres Bestehens kann daher nur das Bestehen der Forderung, nicht das des Vertrages von Bedeutung sein. Durch den Verzicht auf die Einrede lebt mithin der bisher in seiner Durchsetzbarkeit durch Gegenrecht hemmbare Anspruch mit allen Sicherungen wieder zu seiner ursprünglichen Stärke auf.

1) Vgl. Walsmann, a.a.O., S. 198.
2) Vgl. Motive, Bd. I, S. 369; siehe Oertmann, I, Vorb. 194 b u.a.

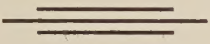
§ 9.

Ergebnis der Arbeit.

Als Ergebnis unserer Arbeit fassen wir zusammen:

Die Einrede fällt unter den Begriff der Befugnis und innerhalb dieses Begriffes unter die Rechte des rechtlichen Könnens. Sie ist nicht, wie Hölder, Hellwig u.a. annehmen, ein Rechtsgestaltungsrecht, denn sie gewährt nicht das Recht, durch einseitiges Rechtsgeschäft die Rechtsbeziehungen zu gestalten. Sie bedeutet vielmehr das subjektive Privatrecht, durch einseitige Willenserklärung einer Veränderung der Rechtsbeziehungen zu widersprechen. Ihre Ausübung ist nicht selbständig möglich, sondern hat in allen Fällen fremdes Tätigwerden, die Geltendmachung des Anspruches, zur Voraussetzung. Da sie diese Eigenschaften mit anderen Rechten, insbesondere den Meldungsrechten teilt, so rechtfertigt sich für diese Rechte die Aufstellung einer besonderen Rechtskategorie, die wir nach ihrem Zweck und Erfolge, die Rechtsstellung des Berechtigten gegen drohenden Rechtsverlust zu wahren, als „Rechtswahrungsrechte" bezeichnen. Als Rechtswahrungsrecht lässt die Einrede den Anspruch in Existenz und Wirksamkeit durch ihre Geltendmachung unberührt. Ihre auch aussergerichtlich mögliche Ausübung setzt nur den einzelnen Akt der Geltendmachung des Anspruches ausser Kraft, und kann daher mit bleibender Wirksamkeit nur im Prozess erfolgen. Hier führt sie regelmässig die Abweisung, ausnahmsweise die Beschränkung des Klageantrages auf Leistung Zug um Zug herbei. Durch die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils wird der Anspruch gehemmt; seine Hemmung dauert solange, wie die Einrede besteht, bei den peremptorischen Einreden also immerwährend. Aber auch hier wird der Anspruch nicht anders als bei den dilatorischen Einreden durch die Rechtskraft des abweisenden Urteils nur gehemmt, nicht konsumiert und besteht daher praktisch wertlos, theoretisch bis in alle Ewigkeit fort. Der Verzicht auf die Einrede ist in Form eines Aenderungsvertrages des von der Einrede betroffenen Schuldverhältnisses

möglich. Durch ihn wird kein neuer Anspruch begründet, sondern nur der bestehende mit allen Sicherungen wieder uneingeschränkt wirksam.



Lebenslauf.

Ich bin am 13. Oktober 1905 als Sohn des Kaufmanns und Gutsbesitzers M. Cahn und seiner Ehefrau, Selma, geborene Klestadt in Troisdorf (Siegkreis) geboren. Von Ostern 1912 an habe ich die Vorschule und dann das königliche, später staatliche Gymnasium in Bonn besucht, das ich Ostern 1924 mit der Reifeprüfung verliess. Nach Besuch der Universitäten Bonn und Berlin habe ich am 26-27. Januar 1928 beim Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Staatsprüfung bestanden. Seit April 1928 bin ich als Referendar bei den Bonner Gerichten tätig.

Die mündliche Doktorprüfung hat am 7. Juni 1929 stattgefunden.

HANS CAHN.